This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

Pd. April, 1910.

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAR 8 1910

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

I. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

Ier Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1884.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

I. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

Ier Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1883.

MAR 8 1910

# Vorwort.

Mit der Schaffung des Obligationenrechts sind an die schweizerischen Juristen neue Aufgaben herangetreten. Es gilt das mit Recht als eine nationale Errungenschaft begrüsste Gesetz im Verkehrsleben einzubürgern und die Rechtseinheit, soweit sie gesetzlich erreicht ist, auch in der Praxis zur Wahrheit zu machen. Wenn man die Verschiedenheit der Sprache, der Rechtsgeschichte, der Gerichtsorganisation, des Prozessverfahrens, der Beweistheorie und endlich die Neigung, im neuen Gesetze das altgewohnte Particularrecht wiederzuerkennen, in Betracht zieht, wird man die in dieser Richtung bestehenden Hemmnisse und Gefahren kaum gering anschlagen. Soll trotz derselben das einheitliche Recht auch einheitliche Anwendung finden und damit die erstrebte Rechtssicherheit erlangt werden, so muss mit der wissenschaftlichen Darstellung und Ausgestaltung der im neuen Gesetzbuche niedergelegten Grundsätze die Würdigung und Vergleichung der Praxis Hand in Hand gehen. Für die Veröffentlichung der bundesgerichtlichen Judicatur ist durch eine officielle Sammlung gesorgt. Indess dürfte im Gebiete des unificirten Privatrechts die Kenntniss der Praxis des Bundesgerichtes allein nicht genügen. In Folge des hohen Streitwerthes, durch welchen die Weiterziehung an den obersten Gerichtshof bedingt ist, kann — ganz abgesehen von anderen mehr zufälligen Gründen — nur ein kleiner Bruchtheil von Civilurtheilen der Entscheidung des Bundesgerichts unterstellt werden. Unter solchen Umständen gewinnt die Judicatur der kantonalen Obergerichte für die Auslegung des Obligationenrechts eine weittragende Bedeutung.

*Zweck dieser Sammlung ist nun, in periodischen zwanglosen Heften so rasch als möglich aus allen Kantonen jene Entscheidungen mitzutheilen, welche für die Interpretation des einheitlichen schweizerischen Civilrechts von Bedeutung sind.* Dahin gehören in erster Linie *Urtheile obligationenrechtlicher Natur.* Ihnen werden sich solche anreihen, die *andere bundesgesetzlich geregelte Materien des Civilrechts* (z. B. Haftpflicht der Transportanstalten, Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, Markenschutz, Urheberrecht, Ehescheidung) beschlagen. Naturgemäss werden dabei vorzugsweise Erkenntnisse der höheren Instanzen (der Appellations- und Cassationsgerichte) Platz finden, ohne dass desshalb besonders bemerkenswerthe, erstinstánzliche Entscheidungen ausgeschlossen wären. Von der Publication der an's Bundesgericht gezogenen Fälle soll hingegen überall Umgang genommen werden, da jeder Jurist die offizielle Sammlung besitzt und der Standpunkt des kantonalen Richters aus den Erwägungen des obersten Gerichtshofes erhellt. Um aber doch ein Bild der ganzen Judicatur zu geben, wird die Sammlung eine *summarische Inhaltsangabe der civilrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts* bringen. Am Schlusse jedes Bandes erscheint ein alphabetisches Inhaltsverzeichniss, in grösseren Zwischenräumen ein *systematisch geordnetes als Repertorium dienliches Register.*

Die Anforderungen, welche in formeller Beziehung an eine periodische Præjudiziensammlung gestellt werden, sind mannigfaltig, theilweise widersprechend. Manche wünschen den vollständigen Abdruck sowohl des thatsächlichen Theils als der Motive. Andere verlangen umgekehrt möglichst gedrängte summarische Auszüge. Die Redaction will einen Mittelweg einschlagen. Ohne in der Kürzung des factischen Theils so weit zu gehen wie z. B. die Sammlung der Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts, wird sie doch alles Unwesentliche und Nebensächliche, was für das Verständniss der Rechtsfrage bedeutungslos ist, weglassen; die Motive hingegen sollen, soweit sie die Hauptsache betreffen, unverkürzt wiedergegeben werden. Von vielen Seiten wird das Beifügen kritischer Notizen empfohlen. Indess erscheint es bedenklich,

durch kurze Randglossen einen richterlichen Spruch anzugreifen; zu förmlichen Dissertationen aber, wie sie zuweilen in den Sammelwerken von Sirey und Dalloz sich finden, gebricht es an Raum. Ueberhaupt kann es nicht die Aufgabe dieses Organs sein, das Wahre und Falsche in der Rechtsprechung zu sondern und innerhalb der möglichen zeitlichen und örtlichen Schwankungen des richterlichen Erkennens eine feste Richtschnur zu finden. Unsere Aufgabe endigt mit der Sammlung und Sichtung des Materials; die praktische Verwerthung desselben bleibt den Richtern und Anwälten, die wissenschaftliche Kritik den Theoretikern überlassen.

Einige Schwierigkeit dürfte die Auswahl des gegenwärtig noch sehr dürftig fliessenden, voraussichtlich jedoch bald gewaltig anschwellenden Stoffes bieten. Unberücksichtigt bleiben selbstredend alle jene Erkenntnisse, in welchen es sich lediglich um die Entscheidung streitiger Thatfragen handelt. Zwischen den Urtheilen dieser Kategorie und den anderen, deren Schwergewicht auf der Lösung einer reinen Rechtsfrage beruht, liegt aber die gewaltige Menge jener Richtersprüche, welche, wenn schon ihnen eine eigentlich principielle Bedeutung nicht zukommt, dennoch für die Gleichmässigkeit der Gesetzesanwendung von Bedeutung sind. Dahin gehört beispielsweise die Ausmessung der Entschädigung bei Haftpflichtfällen. Da gerade das Obligationenrecht dem richterlichen Ermessen in vielen Materien einen weiten Spielraum gewährt, muss die Praxis selbst — sollen nicht verletzende Ungleichheiten zu Tage treten — gewisse leitende Grundsätze ausbilden. Von diesem Gesichtspunkte aus mag die Mittheilung auch solcher Urtheile angezeigt scheinen, welche für die Fixirung der Praxis innerhalb der weit gezogenen gesetzlichen Schranken Anhaltspunkte liefern können.

Das neue Unternehmen, welches unter dem Protectorate des schweizerischen Juristenvereins steht, soll ein *gemeineidgenössisches sein und keinerlei kantonale Localfarbe tragen.* Insbesondere soll die Judicatur der romanischen Kantone in gleicher Weise, wie jene der deutschen berücksichtigt werden. Dank dem Entgegenkommen der juristischen Kreise ist bereits eine Or-

ganisation geschaffen, welche die Mittheilung der wichtigsten Entscheidungen aus allen Theilen des Landes sichert. Wir erlauben uns nachstehend die Namen der bisher gewonnenen regelmässigen Correspondenten anzuführen, zumal darin eine Bürgschaft für den allgemein schweizerischen Character der Sammlung liegt. Es sind für Zürich: Hr. Obergerichtssecretär Dr. *Schoch;* Bern: Hr. Oberrichter *Lienhard;* Luzern: Hr. Oberrichter *Bossard;* Uri: Hr. Advocat Dr. *Franz Schmid*; Obwalden: Hr. Gerichtspräsident *Adalbert Wirz;* Nidwalden: Hr. Oberrichter *Const. Odermatt*; Glarus: Hr. Advocat *Gallati;* Zug: Hr. Advocat *Carl Zürcher;* Freiburg: Hr. Advocat *C. Grivet;* Solothurn: Hr. Oberrichter Dr. *A. Affolter;* Baselstadt: Hr. Gerichtsschreiber Dr. *Fr. Speiser;* Baselland: Hr. Obergerichtsschreiber *Richard;* Schaffhausen: Hr. Obergerichtsschreiber *Bolli;* Appenzell a/Rh.: Hr. Obergerichtsschreiber *J. Hohl*; Appenzell i/Rh.: Hr. Landamman *Rusch;* St. Gallen: Hr. Kantonsrichter *Bärlocher;* Aargau: Hr Oberrichter *Schneider;* Thurgau: Hr. Oberrichter Dr. *Fehr;* Tessin: Hr. Advocat *Steff. Gabuzzi*; Waadt: Hr. Kantonsrichter *Ch. Soldan;* Neuenburg: Hr. Advocat Dr. *Courvoisier;* Genf: Hr. Advocat *Aug. Cramer.* Für Schwyz, Graubünden und Wallis haben die Herren Präsidenten bezw. Kanzleivorstände der Kantonsgerichte abschriftliche Mittheilung von Urtheilen zugesichert. Die Durchsicht des französischen Textes hat Hr. *Ch. Soldan,* in Lausanne übernommen.

Die „Revue" erscheint als Beilage der „Zeitschrift für schweizerisches Recht." Wer diese Zeitschrift nicht hält, kann jene je nach Schluss eines Jahres separatim beziehen. Alle für die „Revue" bestimmten Einsendungen sind an den Unterzeichneten zu richten.

Zürich, Ende August 1883.

Im Auftrage der Redaction der Zeitschrift für schweizerisches Recht:

Dr. **E. Curti**, Advocat.

# Schweizerische Rechtspflege.

1. *Mandat. Art. 393 O.-R. Praesumption für die Annahme des Auftrags bei nicht sofortiger Ablehnung greift nicht Platz, wenn ein Provisionsreisender, der nicht mit dem Incasso betraut ist, einen speciellen Auftrag zur Anmeldung einer Forderung im Concurse des Schuldners erhält.*

**Basel-Stadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 28. Januar 1883 i. S. L. Olgiati c. Guidi und Gass.

Kläger hatte der beklagten Firma unter Zusicherung einer Provision von 8 % die Agentur für den Verkauf von Veltlinerweinen übertragen. Aus einem durch die Beklagten vermittelten Geschäfte schuldete der Anfangs April 1881 verstorbene H. Ingold dem Kläger Fr. 297. 50. Am 6. April 1881 wurde das beneficium inventarii über den Nachlass des Ingold publicirt. Mit chargirtem Brief vom 15. Mai ersuchte Kläger den Beklagten unter Zusendung eines Rechnungsauszuges das Guthaben bei der Civilgerichtsschreiberei anzumelden. In Folge Abwesenheit des Guidi, einzigen Inhabers der beklagten Firma, unterblieb die Anmeldung.

Die Klage auf Ersatz des hieraus entstandenen Schadens wurde abgewiesen.

Motive. Es frägt sich zunächst, ob nach den Bestimmungen der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung Beklagte gehalten waren, von sich aus der Erbsmasse Ingold gegenüber die Interessen des Klägers zu wahren.

Aus den Acten ergiebt sich nun, dass die Stellung der Beklagten zum Kläger nicht die eines eigentlichen Vertreters war, vielmehr lediglich die eines Provisionsreisenden; Kläger hat den Beweis nicht erbracht, dass Beklagte regelmässig mit dem Incasso der durch Vermittlung der Beklagten entstandenen Zahlungsverpflichtungen hiesiger Häuser beauftragt waren. Vielmehr geht aus der Correspondenz, sowie aus den Facturen hervor, dass Beklagte sich nur mit der Aufnahme von Bestellungen und Uebermittlung derselben an den Kläger zu befassen hatten. In dieser ihrer Stellung war es nicht ihre Sache, von sich aus in allfälligen Fallimentsmassen die Interessen

des Klägers, ohne besondern Auftrag hiezu, zu wahren; sie waren nach Lage der Acten hiezu gar nicht in den Stand gesetzt, da ihnen nicht bekannt war, welche Käufer ihren Zahlungsverpflichtungen nachgekommen und welche noch im Rückstande waren. Wenigstens ist der Beweis hiefür seitens des Klägers nicht erbracht worden.

Es bedurfte somit eines speciellen Auftrages seitens des Klägers, die Eingabe bei der Erbmasse Ingold zu besorgen. Dieser Auftrag gieng zugestandenermassen am 15. Mai von Chur ab und langte am 16. Mai hier an.

Es haftet nun allerdings der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue nnd sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes, sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, als nach Art. 396 O.-R. Allein Voraussetzung ist hiefür in erster Linie Annahme des Auftrages durch den Beauftragten; denn nur wenn der Auftrag sich auf die Besorgung solcher Geschäfte bezieht, welche der Beauftragte gewerbsmässig oder Kraft obrigkeitlicher Bestellung betreibt, oder zu deren Besorgung er sich öffentlich empfohlen hat, gilt derselbe als angenommen, wenn er nicht sofort abgelehnt wird (Art. 393). Dass letztere Voraussetzungen hier nicht vorliegen, ist oben ausgeführt worden. Es musste somit der Kläger, als er den Auftrag am 15. Mai ertheilte, wissen, dass er, auch wenn der schriftliche Auftrag den Beklagten rechtzeitig in die Hände gelangte, vor dem Ablauf des Eingabetermins eine Annahmeerklärung oder Ablehnung nicht erwarten dürfe; es war also die Möglichkeit vorauszusehen, dass bei dem eingeschlagenen Verfahren der Eingabetermin versäumt werde.

Der Vorwurf, dass Beklagte für die Zeit ihrer Abwesenheit nicht für gehörige Vertretung gesorgt hätten, könnte nur in Betracht kommen für Verpflichtungen, welche den Beklagten aus ihrem regelmässigen Geschäftsbetrieb entstanden sind, nicht aber für derartige nicht vorauszusehende, zu keiner Annahme verpflichtende Aufträge.

Es kann demnach aus der nicht rechtzeitigen Anmeldung der klägerischen Forderung seitens der Beklagten für letztere keine Verantwortlichkeit gefolgert werden. Uebrigens war der Kläger informirt über die von ihm einzuschlagenden Schritte, indem aus dem Briefe des Angestellten des Ingold an ihn vom 13. Mai 1881 hervorgeht, dass ihm die Civilgerichtsschreiberei als der Ort bezeichnet wurde, an den die Eingabe zu machen sei, und es somit bei der Nähe des Endtermins der Auskündungsfrist angezeigt war, die Eingabe direct an die Civilgerichtsschreiberei zu adressiren.

2. *Mandat oder Commission? Verhältniss des Handelsgebrauchs zu den Normen des Obligationenrechts. Art. 36 ff. O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 27. Juni 1883.

Unterm 12. Februar 1883 theilte R.-B. in Zürich dem Appellanten mit, er habe von einem Kommittenten zwei Wagen Mais in Consignation im Lagerhaus Romanshorn zu verkaufen. Appellant bot Fr. 18. 50 per Kilozentner. R. antwortete, er wolle erst seinen Kommittenten anfragen und schrieb dann unterem 14. Februar dem Appellanten, dass die Appellaten, Brüder Ch. in Wien, seine Offerte auf die zwei Waggons Cinquantin L. Nr. 995 und 996 à Fr. 18½ franko verzollt Romanshorn angenommen hätten. Die Disposition sei bereits abgegangen und werde er, R., unter Kurzem mit Faktura aufwarten. Unter gleichem Datum zeigte die Lagerhausverwaltung Romanshorn dem Appellanten an, dass R.-B. in Zürich von seinem Lager die Partie Nr. 995 und 996 200 Säcke Mais, bei ihr zu seiner Verfügung stelle und sie dieselbe unter seinem, des Appellanten, Namen zur Disposition halte. Am 18. Februar ertheilte R.-B. dem Appellanten Faktur über für Rechnung der Gebrüder Ch. in Wien an ihn verkaufte zwei Wagen Cinquantin und ersuchte ihn für den Gegenwerth mit Fr 2597. 95 denselben direkte Anschaffungen zu machen. Die Faktur lautet auf Gebrüder Ch. als Gläubiger und ist unterzeichnet: per Brüder Ch. B. R.-B. Appellant, welcher die Faktur am 19. Februar erhalten haben will, reklamirte hiegegen: er habe die Waare von R. gekauft, durch ihn erhalten und könne desshalb nur ihn für den Betrag erkennen. R. theilte ebenfalls unterm 19. Februar dem Appellanten mit, dass er gezwungen sei, seine Zahlungen einzustellen und antwortete auf die Reklamation über die Faktur unterm 22. Februar, in Bezug auf den Mais könne er keine anderen Dispositionen treffen, derselbe habe nicht ihm gehört, sondern den Appellaten, und er könne, nachdem er seine Zahlungen eingestellt habe, von denselben nicht verlangen, ihn zu ermächtigen in eigenem Namen zu fakturiren. Gebrüder Ch. telegraphirten von Wien aus den gleichen Tag, den 22. Februar, dem Appellanten: „Bitten Betrag für übernommene zwei Wagen Cinquantin nur uns direkte hieher anzuschaffen.“ Der Appellant hat die Waare behalten und darüber verfügt.

Streitig ist zwischen den Litiganten, ob der Appellant verpflichtet sei, den Fakturapreis an die Appellaten zu bezahlen, oder ob er, welcher an den insolventen R. verschiedene anderweitige bedeutende Guthaben besitzt, denselben als seinen

Gegenkontrahenten betrachten und ihm gegenüber kompensiren könne.

Die Ansprache der Appellaten stützte sich rechtlich darauf, dass R. nicht Eigenthümer der Waare gewesen sei und die Faktur auf ihren Namen gelautet habe.

Appellant erhob dagegen die Einrede der mangelnden Passivlegitimation: R. habe nach den Uebungen im ostschweizerischen Fruchthandel für eigene Rechnung und auf eigenen Namen verkauft. Eventuell liege ein Kommissionsverhältniss im Sinne der §§ 444 und 446 O.-R. vor und bestehe somit zwischen dem Appellanten und R. ein einfaches Kreditverhältniss. Wie aus einer Bescheinigung des Vorstandes der Getreidebörse in Zürich, d. d. 31. März 1883, hervorgehe, sei es in der Schweiz Usus, dass ein Kommissionär, der auf seinen Namen eingelagertes Getreide einem Dritten verkaufe, über dasselbe selbständig beim bezüglichen Lagerhaus zu disponiren habe; ebenso habe nur er das Recht zu fakturiren, dagegen müsse er auch das Delcredere übernehmen. In diesem Falle bestehe ein Kreditverhältniss nur zwischen dem Käufer und dem Kommissionär, gleichviel ob dem Käufer der Name des ursprünglichen Eigenthümers bekannt sei oder nicht.

Die erste Instanz ging davon aus, dass bei Entscheidung des vorliegenden Prozesses die Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechtes zur Anwendung zu bringen seien und dass allfällig denselben entgegenstehende kaufmännische Usancen keinen Anspruch auf richterlichen Schutz hätten. Nach dem Obligationenrecht sei das in Frage kommende Rechtsgeschäft ein Kauf, von R. für Rechnung der Appellaten abgeschlossen vermittelst des Briefes vom 14. Februar 1883, wodurch er den Appellanten benachrichtigt habe, seine Kommittenten, Gebrüder Ch., hätten das Angebot des Appellanten angenommen. Aus dieser Zuschrift habe der Appellant, wie er auch früher sonst mit R. verkehrt haben möge, ersehen müssen, dass das Kaufsobjekt für Rechnung von Gebrüder Ch. verkauft werde. Es könne da sogar fraglich sein, ob R. nicht als einfacher Unterhändler oder Mandatar, statt als Kommissionär gehandelt habe. Aber selbst angenommen, R. müsse als Kommissionär betrachtet werden, sei doch nach den §§ 431 und 399 O.-R. die Forderung aus dem Verkauf Eigenthum der Appellaten, welche ihrer Verbindlichkeit aus dem Auftragsverhältniss nachgekommen seien. Hieran ändere der Umstand nichts, dass die Waare vor dem Verkauf auf dem Lager des R. in Romanshorn sich befunden, der blosse Besitz habe nicht Eigenthum verschafft. Irrelevant sei auch, dass R. dem Appel-

lanten den Namen des Verkäufers vor definitivem Abschluss des Geschäftes nicht mitgetheilt habe, weil das Rechtsgeschäft nicht an diese Bedingung geknüpft gewesen sei. Noch weniger sei massgebend die Reklamation des Appellanten gegenüber der Faktur vom 18. Februar, da der Kommissionär zwar die Befugniss habe, das Gut, welches er verkaufen sollte, als Käufer für sich zu behalten, dagegen kein Dritter berechtigt sei, ihn hiezu zu zwingen und im weiteren Appellant, trotzdem R. seinem Begehren um anderweitige Fakturirung nicht nachgekommen sei, die Waare behalten und nicht zur Disposition gestellt habe. Da somit die einzig erhobene Einrede der Passivlegitimation als unbegründet erfunden war, wurde die Klage geschützt.

Appellant sucht um Abweisung der appellatischen Forderung, eventuell Anordnung eines Beweisverfahrens nach. Er stehe zu den Appellaten weder in einem direkten noch indirekten Vertragsverhältniss, nur mit R., welcher erklärt habe, er werde Faktur stellen. Unterem 28. Januar hätten die Appellaten dem R. den Ausfolgschein für das Mais gesandt mit dem Auftrag, ihn bestmöglich zu verkaufen und wenn dies nicht rasch gehe, denselben ausschütten zu lassen, damit er nicht leide, und dagegen sei von ihnen R. kreditirt worden. Da das Mais auf dem Lager von R. gelegen habe, sei derselbe einzig dispositionsbefugt gewesen. Das schweizerische Obligationenrecht bestimme nicht, dass kaufmännische Usancen nicht geduldet würden; übrigens stehe die Usance des ostschweizerischen Fruchthandels mit den §§ 16, 19 ff. des zürcherischen Privatrechts im Einklang und könne neben dem Obligationenrecht bestehen, sei auch in der Natur der Sache begründet. R. habe die Appellaten wegen der Offerte des Appellanten angefragt, weil dieselbe unter dem üblichen Marktpreis gewesen sei. Die Klage sei aber auch nach dem Obligationenrecht unbegründet. Mit dem Abschluss des Vertrages habe R. eine Forderung an den Appellanten erhalten; da dieser bereits eine höhere Forderung an ihn besessen, sei sie ipso jure kompensirt worden und habe ein Uebergang auf die Appellaten nicht mehr stattfinden können, eventuell nur unter Belastung mit der gleichen Einrede der Kompensation.

Die Appellaten dringen auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils. Sie seien Eigenthümer des Mais gewesen, niemals R. Die von der Gegenpartei behauptete Handelsusance bestehe nicht, jedenfalls nicht in dem ihr von der Gegenpartei beigemessenen Sinn, sei eventuell irrelevant. Das eidgenössische Obligationenrecht sei anzuwenden und dürften

davon keine Ausnahmen gemacht werden. Es liege ein Kauf vor, vermittelt durch einen Mandataren und komme es in diesem Fall auf das gleiche heraus, ob die Bestimmungen über Mandat oder Kommission angewendet würden. Zur Anwendung zu bringen seien die §§ 399, 185 und 431 O.-R.

Das Obergericht verwarf die Appellation.

Motive. Vorerst ist zu entscheiden, ob für den vorliegenden Fall die Bestimmungen des eidgenössischen Obligationenrechts oder allfällig demselben entgegenstehende Usancen des ostschweizerischen Getreidehandels massgebend seien. Artikel 881 des Gesetzes über das Obligationenrecht sagt, dass es mit dem 1. Januar 1883 in Kraft trete und durch dasselbe alle ihm entgegenstehenden Vorschriften sowohl eidgenössischer als auch kantonaler Gesetze aufgehoben werden, sofern das Gesetz selbst nicht etwas anderes bestimme, und Artikel 882, dass die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen nach diesem Gesetz zu beurtheilen seien. Weder im allgemeinen noch speziell in den Titeln über Kommission oder Auftrag findet sich die Vorschrift, dass die Handelsusance dem Gesetz vorgehe; im Gegentheil gibt es ausdrücklich die Fälle an, in denen nach lokalen Handelsgebräuchen Abweichungen von der allgemeinen Regel zulässig sind (z. B. in Bezug auf die Kommission in den Artikeln 437, 438, 440). Auch das deutsche Handelsgesetzbuch schreibt in Artikel 1 vor, dass in Handelssachen die Handelsgebräuche nur insoweit zur Anwendung kommen, als das Gesetzbuch keine Bestimmungen enthalte und nach Artikel 1159 des code civil soll der Lokalgebrauch nur bei Interpretation von Zweifelhaftem massgebend sein. Selbst angenommen, es könnte an und für sich eine Bestimmung des Obligationenrechts durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht aufgehoben werden, so ist klar, dass sich ein solches bis jetzt gar noch nicht gebildet haben kann, weil für dasselbe eine gewisse Dauer (consuetudo longa, inveterata; longaevus usus) Voraussetzung ist, das Gesetz aber erst mit 1. Januar 1883 in Kraft trat und der in Frage kommende Geschäftsverkehr im Februar 1883 stattfand. Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, die Lokalusancen gegenüber den Bestimmungen des einheitlichen Gesetzbuches in Kraft zu belassen, um so weniger, als die Tendenz obwaltete, jede rechtliche Sonderstellung eines Berufstandes, so auch des Kaufmannstandes, zu beseitigen. Es kann somit der Usance keine derogatorische, sondern höchstens eine interpretative oder subsidiäre Bedeutung beigemessen werden.

Nun ist fraglich, wie sich rechtlich das am 14. Februar 1883 abgeschlossene Geschäft über zwei Wagen Mais qualifizire. Eigenthümer des Mais waren die Gebrüder Ch., die Offerte ist ihnen übermittelt worden, sie haben dieselbe angenommen und erscheinen desshalb aus dem Kauf als forderungsberechtigt. R.-B. war niemals Eigenthümer des Mais, er hat den Vertrag nicht auf eigenen Namen abgeschlossen, wie sich dies daraus ergibt, dass er die Offerte den Appellaten zukommen liess, die Faktur auf ihren Namen stellte, Anweisung gab, an sie direkt zu bezahlen, er war somit Mittelsmann, Stellvertreter der Appellaten, desshalb kommen nicht die Bestimmungen über den Kommissionsvertrag, sondern die über die Stellvertretung (Artikel 36 ff. O.-R.) zur Anwendung und wurde der Vertretene berechtigt. Irrelevant ist, wenn R.-B. sonst Kommissionsgeschäfte besorgt hat und welche Gründe ihn bewogen haben mögen, im vorliegenden Fall kein Kommissionsgeschäft vorzunehmen.

Da die appellatische Forderung schon von diesem Standpunkt aus geschützt wird, ist es nicht nöthig zu untersuchen, ob sie nicht auch bei Annahme eines Kommissionsgeschäftes dennoch in Rücksicht auf die Art. 431, 399, 185 und 442 O.-R. in Kraft bestünde.

---

**3.** *Vente à l'essai. — Art. 269 et suivants C. O. On doit envisager comme une vente à l'essai celle faite sous la clause que l'acheteur pourra rendre la chose si elle ne lui convient pas. Dans une telle vente l'acheteur est libre d'agréer la chose ou de la refuser, mais il doit, dans ce dernier cas, si la chose lui a été remise, la restituer à bref délai.*

**Vaud.** Arrêt du tribunal cantonal du 12 juin 1883 dans la cause Aviolat c. Dupertuis.

Le 3 mars 1883 Samuel Dupertuis, à Aigle, a vendu à Auguste Aviolat, à Ormont-dessous, une machine à coudre pour le prix de 100 fr. L'acheteur a payé comptant 60 fr., mais la vente a eu lieu sous la condition que „si la machine ne lui convenait pas, il pourrait la rendre.“ Le 9 mars Aviolat a rendu à Dupertuis la machine achetée, puis il lui a réclamé juridiquement la restitution des 60 fr. payés à compte.

Dupertuis a conclu à libération et reconventionnellement à 20 fr. de dommages-intérêts en se fondant sur ce que la machine a été reconnue bonne par un expert, et qu'ainsi Aviolat n'a aucun motif de la refuser.

Le Juge de paix du cercle d'Aigle ayant admis les conclusions de Dupertuis, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et donné gain de cause à Aviolat.

Motifs: Considérant qu'il résulte de la solution testimoniale donnée à l'allégué 2 du demandeur que la vente du 3 mars 1883 a eu lieu avec la condition que si la machine à coudre ne convenait pas à Aviolat il pourrait la rendre.

Considérant que cette condition constitue une véritable clause d'essai et que la vente du 3 mars est dès lors bien une vente à l'essai ou à l'examen prévue aux art. 269 et suivants du Code fédéral des obligations.

Attendu en effet qu'Aviolat est resté, par cette condition, libre d'agréer la chose ou de la refuser, la vente dépendant absolument de sa propre volonté et non de celle de Dupertuis.

Considérant qu'aux termes de l'art. 271 C. O., lorsque la chose a été remise à l'acheteur avant l'examen, la vente est réputée parfaite si l'acheteur ne déclare pas refuser la chose ou ne la rend pas dans le délai fixé par la convention ou par l'usage local, ou, à défaut, immédiatement après la sommation du vendeur.

Considérant que, dans l'espèce, la machine à coudre ayant été remise avant l'examen à l'acheteur, celui-ci l'a rendue au vendeur le sixième jour, c'est-à-dire dans un délai convenable étant donnés le temps nécessaire pour un essai de ce genre et le domicile respectif des parties en cause.

Considérant que Dupertuis a reçu la machine, qu'il en a pris possession et qu'il ne saurait dès lors se refuser à restituer l'acompte de 60 fr. qu'il a reçu d'Aviolat.

---

4. *Contrat de transport. — Responsabilité du transporteur. — Art. 457 C. O. Le camionneur répond des accidents survenus à la marchandise transportée pendant qu'elle est en sa possession, à moins qu'il n'établisse que l'accident est dû à la faute d'un tiers, à un cas fortuit ou à une force majeure.*

**Vaud.** Arrêt du tribunal cantonal du 24 avril 1883 dans la cause Gay c. Imseng et J. Perrin et fils.

Elie Gay à Salvan (Valais) a expédié à Imseng, cafetier à Lausanne, une bonbonne de gentiane, facturée 81 fr. 50 cent. Cette bonbonne est arrivée en bon état à la gare de Lausanne. Là J. Perrin et fils, camionneurs de la Compagnie S.-O.-S. en ont pris possession afin de la camionner au domicile du desti-

nataire, mais elle s'est brisée au moment du chargement et a ainsi été perdue.

Ensuite de ces faits Gay a réclamé le montant de sa facture à Imseng qui, de son côté, a évoqué en garantie J. Perrin et fils.

Le Juge de paix du cercle de Lausanne a écarté les conclusions du demandeur et admis celles libératoires de Imseng et de Perrin.

Le Tribunal cantonal, auquel il y a eu recours, a réformé ce jugement et condamné J. Perrin et fils à payer à Gay le montant de sa facture, Imseng étant libéré de toutes conclusions prises contre lui.

Motifs: Considérant que la gentiane vendue par Gay à Imseng devait être livrée en gare de Lausanne.

Que la bonbonne renfermant cette liqueur, et qui a été expédiée de Salvan, est arrivée en gare de Lausanne et qu'elle y est parvenue en bon état.

Que J. Perrin et Cie, en leur qualité de camionneurs de la S.-O., se sont fait remettre cette bonbonne pour la transporter chez le destinataire Imseng, cela sans ordre et à l'insu de ce dernier.

Que la bonbonne s'est brisée depuis qu'elle était en leurs mains et qu'elle avait été placée sur le camion.

Considérant que le vendeur Gay ne saurait supporter les conséquences de ce fait, puisqu'il est établi qu'il a rempli ses engagements envers l'acquéreur.

Considérant, en ce qui concerne Imseng, que ce dernier n'a point pris possession de la marchandise, n'a pas même été avisé de son arrivée en gare de Lausanne et n'a donné aucun ordre en vue du transport à domicile; qu'il ne saurait, dès lors, être tenu de payer le prix de cette marchandise.

Considérant que si Perrin et Cie. étaient chargés d'opérer ce transport, ensuite de leurs traités avec la S.-O., ce fait ne saurait point lier le destinataire Imseng, auquel il est absolument étranger.

Considérant que J. Perrin et Cie ont accepté la marchandise dans l'état où elle se trouvait et où elle était parvenue de Salvan à Lausanne.

Qu'il n'a point été démontré que la bonbonne se soit brisée ensuite d'emballage défectueux, soit de l'inégalité du verre, le considérant du juge à ce sujet étant insuffisant à lui seul pour établir ce fait-là.

Que les évoqués n'ont établi ni la force majeure, ni un cas fortuit, ni une faute à la charge de l'expéditeur ou du

destinataire, d'où il résulte qu'ils sont responsables de la perte, aux termes soit de l'art. 457 C. O., soit de l'art. 1269 C. C.

Considérant que les art. 32 § 4 de la loi fédérale du 20 mars 1875, 105 et 124 § 4 du règlement du 1er juillet 1876 ne sont pas applicables dans le cas actuel.

Qu'en effet Imseng n'avait point donné mandat à Perrin et Cie de transporter la marchandise du chemin de fer à son domicile, de sorte que les dispositions des articles ci-dessus ne peuvent être invoqués contre lui.

---

**5.** *Contrat de transport. Retard. Transaction entre le destinataire et le dernier transporteur. Irrecevabilité de la demande de l'expéditeur contre le premier transporteur. Loi fédérale du 20 mars 1875. Art. 34 b.*

**Genève.** Jugement du tribunal de commerce du 30 novembre 1882 dans la cause Mergy c. Compagnie Paris-Lyon-Méditérrannée et les Messageries nationales.

Attendu qu'il est constant que l'expédition dont s'agit (costumes de théâtre) est arrivée à son destinataire avec quelques jours de retard, mais qu'il est, d'autre part, établi que ce retard n'est pas imputable aux Messageries Nationales;

Attendu que la Compagnie du Paris-Lyon-Méditerranée, responsable du préjudice causé, a réglé cette affaire à l'amiable avec le destinataire des colis, moyennant le paiement d'une indemnité de 800 francs;

Attendu qu'aujourd'hui Mergy, expéditeur, émet la prétention de réclamer aussi, de son côté, des dommages-intérêts;

Vu l'art. 34 b de la loi fédérale du 20 mars 1875;

Attendu que, si les colis voyagent aux périls et risques du destinataire, ce qui est le cas ici, l'expéditeur ne peut intenter une action fondée sur le retard qu'en fournissant caution que le destinataire se soumettra au jugement rendu;

Attendu que, de l'interprétation de cet article, il résulte que le législateur n'a pas voulu que deux instances distinctes puissent être introduites par l'expéditeur et le destinataire contre les compagnies de chemin de fer;

Attendu que, dans le cas particulier, le destinataire ayant transigé avec le chemin de fer a renoncé à l'actionner devant les tribunaux; que dans sa transaction il a dû ou il aurait dû, pour fixer le chiffre des dommages-intérêts, faire la part du préjudice qui peut avoir été causé à Mergy; que cette renonciation, par suite de transaction, est opposable à l'expé-

diteur, en vertu du principe même du non-cumul de poursuites ci-dessus exposé, et que, dès lors, de tout ce qui précède il résulte que le demandeur est mal fondé à intenter l'action actuelle.

---

**6.** *Rechtliche Natur eines Cassascheins. Einreden gegen die Forderung aus einem Inhaberpapier. Art. 847 O.-R.*

**Basel-Stadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 4. Mai 1883 i. S. Grob c. Braunschweig.

Kläger ist Inhaber des folgenden Werthpapiers:

„Bon pour deux mille francs payables à la première demande. Bâle le 9 Octobre 1873. sig. N. Braunschweig."

Auf Grund dieses Cassascheins, den er von dem ersten Inhaber Geist-Senn erworben hat, verlangt er vom Beklagten Zahlung der Fr. 2000 nebst Zins zu 5 % seit dem Tag der Klage.

Beklagter wendet ein, das Papier sei weiter nichts als ein gewöhnlicher Gutschein, der nach der früheren Gesetzgebung die Qualität eines Inhaberpapieres nicht besitze. Kläger müsse sich also die gegen seinen Rechtsvorgänger Geist-Senn dem Beklagten zustehenden Einreden gefallen lassen.

Nun habe Geist-Senn seit dem Jahr 1873 mit dem Beklagten in reger Geschäftsverbindung gestanden, indem er häufig bei dem Beklagten Geld auf Eigenwechsel oder sonstige Deckung erhob. Laut Wechselcontrole des Beklagten seien bei demselben am 10. October 1873 zwei Wechsel von Geist eingegangen, der eine d. d. 9. October 1873 von Fr. 525, fällig auf 10. Januar 1874, sei laut Cassabuch sofort an Geist ausbezahlt worden; der andere dagegen von Fr. 2000 mit gleichem Datum und Verfall habe laut Cassabuch erst am 15. October 1873 an Geist ausbezahlt werden können. Inzwischen habe Geist den eingeklagten Gutschein empfangen, den er bei der Zahlung der Fr. 2000 hätte zurückgeben sollen. Wie es komme, dass die Rückgabe unterlassen worden sei, oder ob vielleicht Geist heimlich den Gutschein sich wieder angeeignet habe, wisse Beklagter nicht, genug, der Schein sei getilgt, und die Haftung des Beklagten somit erloschen.

Wenn nun Kläger, der den Schein laut dem bei den Klagakten liegenden Schreiben des ursprünglichen Inhabers erst am 3. März 1883 erworben habe, diesen Schein nachträglich wieder gegen den Beklagten geltend mache, so könne darin nur ein Manöver erblickt werden, angestellt zu dem

Zweck, eine bereits geleistete Zahlung durch das Mittel eines dritten Inhabers nochmals einzukassieren.

Kläger verwahrt sich gegen diese Behauptung, indem er angiebt, den Cassaschein in gutem Glauben gegen einen Vorschuss an Geist-Senn empfangen zu haben. Er hält daran fest, dass ihm als gutgläubigem Besitzer eines Inhaberpapiers nur solche Einreden könnten entgegengehalten werden, welche gegen die Giltigkeit der Urkunde gerichtet seien, oder aus der Urkunde selbst hervorgehen (vgl. Art. 847 des O.-R). Dieser Art aber seien die Einreden des Beklagten nicht.

Die Einreden werden verworfen.

Motive. Zunächst ist die Frage zu erörtern, ob die klägerische Urkunde als ein Inhaberpapier aufzufassen sei. Dieselbe hat die Form eines Cassascheines, wie sie für vorübergehende Verpflichtungen im Verkehr oft vorkommen. Die Worte „Gut für Fr. 2000" bedeuten nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass der Aussteller sich verpflichte, gegen Rückgabe dieses Scheins Fr. 2000 zu bezahlen, und wenn kein bestimmter Creditor darin genannt ist, so kann die Meinung des Ausstellers kaum anders verstanden sein, als dass er an den jeweiligen Inhaber der Urkunde zahlen wolle. Im vorliegenden Fall würde auch die Qualität des Scheins als eines Inhaberpapiers kaum beanstandet werden, wenn nicht so lange Zeit seit der Ausstellung verstrichen wäre. Es frägt sich also, ob darin vielleicht ein Faktor liege, welcher die dem Cassaschein sonst im Verkehr zukommende Bedeutung zu entkräften geeignet wäre. Allein auch dieses Moment kann nicht entscheidend sein; es würde zur reinen Willkür führen, wenn man eine einmal ohne Zeitbegrenzung bestehende Verpflichtung blos desshalb für ungiltig erklären wollte, weil der Verkehr Verpflichtungen der betreffenden Art gewöhnlich in kurzem Zeitraum abzuwickeln pflegt. Der Verkehr ist an sich etwas schwankendes und lässt neben den Verhältnissen normaler Natur auch solchen Raum, welche nicht in dem usuellen Rahmen ihre Erledigung finden. Die einzig sichere Schranke ist daher blos in der positiven Gesetzesvorschrift zu finden, welche den einzelnen Ansprüchen nach einer gewissen Zeitdauer ihre Klagbarkeit raubt, d. h. in der Verjährung; und dass diese im vorliegenden Fall schon eingetreten sei, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden.

Nach dem Gesagten qualifiziert sich also die klägerische Urkunde als ein Inhaberpapier, welches als solches noch zu Kraft besteht. Einem solchen Papier gegenüber aber sind nur dreierlei Einreden denkbar:

1. Einreden, welche gegen die Giltigkeit der Urkunde gerichtet sind, oder aus der Urkunde selbst hervorgehen. Eine solche macht Beklagter nicht geltend.

2. Einreden, welche zwar aus einem andern Rechtsgrunde hergenommen sind, aber dem Schuldner gegenüber dem klagenden Inhaber direkt zustehen. Diese schliesst zwar das eidgen. Obligationenrecht aus, aber nach dem früheren Recht könnte deren Zulässigkeit wenigstens discutiert werden. Hiezu wäre auch die Einrede zu rechnen, dass der klagende Inhaber die Urkunde erworben habe, wissend, dass sie z. B. bezahlt sei (exceptio doli). Beklagter hat, wiewol nicht ganz deutlich, diese Einrede erhoben, allein was er zur Begründung vorgebracht hat, sind doch nur Indicien und Wahrscheinlichkeiten, die einen sichern Schluss auf den schlechten Glauben des Klägers nicht gestatten.

3. Einreden, welche direkt die Qualität des Inhabers als rechtmässigen Inhaber angreifen; dahin gehört die vom Beklagten allerdings nur vermuthungsweise vorgebrachte Einrede, dass Geist-Senn ihm das Cassabon entwendet und dass Kläger dasselbe in Kenntniss dieses Umstandes von Geist erworben habe. Allein eine blosse Vermuthung, selbst wenn sie mit einigen Wahrscheinlichkeitsgründen unterstützt ist, bildet selbstverständlich keinen Beweis.

Aus alle dem geht hervor, dass eine haltbare Einrede gegenüber der Klagforderung nicht besteht.

---

7. *Rechtliche Natur der Niederlagscheine der eidgenössischen Zollverwaltung. Dieselben gehören nicht zu den indossablen Papieren des Art. 844 O.-R. und es greift daher bei Verlust derselben nicht das in Art. 793—800 O.-R. vorgesehene Amortisationsverfahren, sondern die Bestimmung des Art. 105 Platz. Art. 901, Satz 2 gilt analog für die Kraftloserklärung von Urkunden, die nicht Inhaberpapiere sind.*

**Basel-Stadt.** Entscheid des Civilgerichts vom 6. März 1883.

Die Verwaltung des der Basler Hauptzolldirektion unterstellten eidgen. Niederlaghauses verlangt mit ihren Eingaben vom 4. Januar und vom 2. Februar 1883 die Amortisation zweier Niederlagscheine folgenden Wortlautes.

1. „Basel, den 8. Dezember 1882.

Niederlagschein Nr. 2254

für nachstehend verzeichnete Waaren, welche heute mit Ge-

leitschein der Hauptzollstätte Centralbahnhof Nr 5171 vom 7. Dezember 1882 hier angelangt sind und für Rechnung der Herren Rieber fils & Comp. in hier, in dem hiesigen Niederlagshause eingelagert worden sind etc."

2. „Basel, den 22. Januar 1883.

Niederlagschein Nr. 2506

für nachstehend verzeichnete Waaren, welche heute mit Geleitschein der Hauptzollstätte S. C. Bahnhof Nr. 7140 vom 18. Januar 1883 hier angelangt und für Rechnung der Herren Niebergall & Goth in dem hiesigen Niederlaghause eingelagert worden sind etc."

Beide Begehren stützen sich einerseits auf die Thatsache, dass die Niederlagscheine den rechtmässigen Inhabern verloren gegangen sind, andrerseits auf § 72 der Vollziehungsverordnung vom 18. Oktober 1881 zum eidgen. Zollgesetz vom 27. August 1851.

Die Urkunden, deren Amortisation verlangt wird, bescheinigen ein erhaltenes Depositum; sie gehören also dem Obligationenrecht an und demnach unterliegt auch die Amortisation selbst den für das Obligationenrecht gültigen Bestimmungen.

Es könnte sich nun fragen, ob nicht in Bezug auf den ersten Niederlagschein, dessen Verlust wohl schon vor dem 1. Januar 1883 eingetreten ist, das bisherige Recht Platz zu greifen habe, weil § 901 la 2 des eidgen. Obligationenrechts und in Bezug auf Amortisation von Inhaberpapieren die sofortige Anwendung des neuen Rechtes vorschreibt und als allgemeines Prinzip für die Zeit des Uebergangs der Art. 882 gilt, wonach die rechtlichen Wirkungen von Thatsachen, die vor dem 1. Januar 1883 geschehen sind, nach dem frühern Rechte beurtheilt werden müssen.

Allein auch wenn der Nachweis erbracht wäre, dass der Verlust der Urkunde vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes stattfand, so wäre dennoch das neue Gesetz anzuwenden.

Den beiden Amortisationsgesuchen wurde nicht entsprochen.

Motive. Existirte bisher keine bindende Rechtsvorschrift in Bezug auf Amortisation von Urkunden. Es entschied also einzig und allein das Ermessen des Richters und dieses knüpft sich, da nun ein neues Recht die Amortisation regelt, naturgemäss an dieses an.

1. Die Analogie von § 901 des Obligationenrechts lässt sich kaum zurückweisen. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die Amortisation von Inhaberpapieren in Bezug auf die Geltung des neuen Gesetzes anders behandelt werden sollte, als die Amortisation anderer Urkunden.

2. § 882 cit. würde auch nicht für die Anwendung des frühern Rechtes sprechen. Denn die Amortisation ist nicht eine rechtliche Wirkung der Thatsache des Verlustes der Urkunde, sondern sie ist ein rechtliches Verfahren, das der Forderungsberechtigte anstrengt, um die durch den Verlust der Urkunde gestörte Ausübung seines Rechtes wieder zu erlangen. Diejenige Thatsache, durch welche das Amortisationsverfahren zunächst hervorgerufen wird, ist die Eingabe des Amortisationsgesuchs beim zuständigen Richter. Da nun im vorliegenden Fall die Eingabe erst nach Neujahr 1883 erfolgt ist, so hat die Amortisation nach den Vorschriften des eidgen. Obligationenrechts stattzufinden.

Welches sind nun diese Vorschriften?

Das Obligationenrecht stellt in den §§ 848 f. f. Bestimmungen auf über Amortisation von Inhaberpapieren; die im vorliegenden Fall zu amortisierenden Urkunden lauten aber auf bestimmte Namen; jene §§ können daher nicht zur Anwendung kommen.

Ferner enthält das Obligationenrecht in den §§ 793—800 und 844 Regeln über die Amortisation von Ordrepapieren, wobei speziell als solche auch Lagerscheine genannt werden. Es frägt sich nun, sind die Niederlagscheine der eidgen. Zollverwaltung solche an Ordre lautende und desshalb indossable Lagerscheine.

Die Kennzeichen eines solchen Ordrepapiers sind:

1. Aeusserlich, dass dasselbe an Ordre lautet (Art. 843).

2. Dem Inhalt nach, dass das Forderungsrecht, bei Lagerscheinen das Eigenthum der Waare und der Anspruch aus dem Depositum, mit dem Besitz des Papiers verknüpft sind und demgemäss auch durch blosses Indossament übertragen werden. Der Lagerschein vertritt die Waare. (Art. 209 des O.-R. §§ 4 und 5 des kantonalen Gesetzes über Lagerscheine etc. vom 21. März 1864.)

Ueber die Niederlagscheine der eidgenössischen Zollverwaltung bestimmt nun die Vollziehungsverordnung zum Zollgesetz vom 18. Weinmonat 1881 in Art. 70 la 3, 74 und 75.

„Der jeweilig eingetragene Besitzer eines Nie-

„derlagscheines wird von der Zollverwaltung als Eigenthümer „der Waare betrachtet.“ (Art. 70, 3)

„Die Niederlagscheine können unter Anzeige an den „Einnehmer, der davon auf dem Niederlagjournal Vormerk„ung zu nehmen hat, beliebig an dritte Personen abgetreten „und endossirt werden.“ (Art. 74.)

„Auf Ansuchen des Besitzers eines Niederlagscheines „(d. h. jedenfalls nur des eingetragenen Besitzers, denn „dieser ist ja nach Art. 70 als Eigenthümer der Waare zu „betrachten) kann der Einnehmer gegen Rückerstattung des„selben und Bezahlung der betreffenden neuen Gebühr auch „einen neuen Niederlagschein auf einen neuen Namen aus„stellen und es ist hievon auf dem Niederlagschein die nöthige „Vormerkung zu nehmen.“ (Art. 75.)

Es fehlen also folgende Voraussetzungen eines Ordrepapiers:

1. Der Niederlagschein lautet nicht an Ordre.

2. Das Eigenthum und der Anspruch aus dem Depositum gehen nicht über durch blosses Indossement, sondern nur durch Indossement verbunden mit Anzeige des Cedenten an den betreffenden Zolleinnehmer und Eintragung des Eigenthumswechsels in das Niederlagjournal.

3. Demgemäss anerkennt die Zollverwaltung nur den eingetragenen, nicht etwa schon den durch Indossement legitimirten Besitzer als Eigenthümer der Waare.

Die Zollverwaltung steht also dem Inhaber eines Niederlagscheines im Wesentlichen nicht anders gegenüber, als jeder beliebige Depositar gegenüber dem Inhaber der über das Depositum ausgestellten Schuldurkunde. Sie hat nur das Recht, die Waare an denjenigen herauszugeben, der sich ihr als Deponent oder als Rechtsnachfolger eines solchen oder als Beauftragter desselben legitimiert. Allerdings ist sie auch wie jeder andere Depositar berechtigt, vor der Rückgabe des Depositums Verabfolgung der dem Gläubiger ausgestellten Urkunde zu fordern.

Wenn nun diese Urkunde dem Forderungsberechtigten abhanden gekommen ist, so tritt nach Art. 105 des eidgen. Obligationenrechts nicht ein Amortisationsverfahren ein, sondern der Gläubiger hat in einer öffentlichen oder beglaubigten Urkunde die Entkräftung des Schuldscheins und die Tilgung der Schuld zu erklären, ehe er Befriedigung fordern kann.

Nach dem Gesagten kann den beiden Amortisationsgesuchen nicht entsprochen werden.

8. *Faustpfand. Die auf ein pactum de pignorando hin gerichtlich verfügte und vollzogene Uebergabe einer Sache an einen Sequester begründet kein Pfandrecht. Paullianische Anfechtung eines Pfandrechtes nach kantonalem Recht. Art. 210 O.-R.*

**Solothurn.** Urtheil des Obergerichts vom 11. Mai 1883 i. S. Elisabeth Disteli geb. Kuhn.

J. Bleuel-Kamber, Säger von Olten, hatte an die Geldstagerin E. D.-K. eine Forderung von Fr. 355, wofür sie ihm unterm 15. Dezember v. J. eine Schuldverpflichtung, Handschrift, ausstellte und 2 Kühe als Pfand für die Schuld verschrieb. Zu gleicher Zeit stellte Geldstagerin demselben Creditor für den gleichen Betrag einen Eigenwechsel aus, fällig 15. März d. J. den Hr. Bleuel-Kamber an die Ersparnisscassa Olten indossirte. Als der Geldstag der Frau D. K. in Aussicht stand, wollte der Creditor das Faustpfand gesichert wissen und hob gegen die Schuldnerin einen Civilprozess auf Herausgabe desselben an. Durch Verfügung des Instruktionsrichters vom 27. Januar 1883 wurden die beiden Kühe einer dritten Person, der Frau Wittwe B. in Olten zur Verwahrung übergeben, in deren Stall sie sich bei Ausbruch des Geldstages befanden. Nachher wurden sie von da aus zu Gunsten der Geldstagsmasse versteigert. Der Creditor B.-K. wurde für seine Forderung nebst Prozesskosten in II. Klasse Pfandrechte unter den gelangenden Schulden kollozirt. Die gleiche Forderung wurde auch von der Ersparnisscassa Olten eingegeben und in VI. Klasse sub Nr. 28 des Rodels unter den verlürstigen Schulden kollozirt. Im erstinstanzlichen Urtheil wurde angenommen, dass die beiden Forderungen identisch seien und dass eine von denselben aus dem Rodel zu weisen sei. Es wurde erkannt, es habe dies mit der Forderung Nr. 28 des Rodels, Forderung der Ersparnisscassa Olten, zu geschehen. Gegen diesen Entscheid wurde die Appellation nicht erklärt. Es handelte sich also blos noch um den Posten Nr. 4 des Rodels, speciell darum, ob diese Forderung Faustpfandrecht, mithin Kollozirung in II. Klasse beanspruchen könne oder nicht.

Das Obergericht nahm an, es bestehe kein Faustpfandrecht und erkannte demnach, der Posten Nr. 4 des Rodels sei aus der II. in die VI. Klasse zu weisen.

Motive. Durch die gerichtliche Verfügung, dass die angeblichen Faustpfänder einem Dritten zur Verwahrung übergeben werden sollen und die geschehene Uebergabe sind die Faustpfänder nicht in den Besitz des Creditors übergegangen, indem jene dritte - Frau Wittwe B. nur Sequester, nicht

Stellvertreter des Kamber (Art. 210 O.-R.) war, und somit dieser nicht juristischer Besitzer werden konnte.

Die zur Begründung des Faustpfandrechtes nothwendige Uebergabe an den Gläubiger oder dessen Stellvertreter (Art. 210 O.-R.) muss aber immer mit Willen des Verpfänders geschehen. Eine richterliche Verfügung kann hier den Willen nicht ersetzen; zudem war zur Zeit der richterlichen Verfügung nur ein Vertrag auf Begründung eines Pfandrechtes vorhanden, während die Sache noch im Besitze des Schuldners war. Die Klage auf Herausgabe konnte sich desshalb nur als eine obligatorische qualifiziren, nicht aber als eine dingliche oder Besitzesklage, in welchen Fällen einzig nach § 320 und P.-O. eine einstweilige Verfügung des Amtsgerichtspräsidenten zulässig wäre (vgl. Art. 111 O.-R).

Wenn auch die Uebergabe des angeblichen Faustpfandes zur Verwahrung in Drittmanns Hand in Folge richterlicher Verfügung als richtige gesetzliche Uebergabe desselben angesehen werden könnte, so hat sie doch erst den 27. Januar abhin, Datum des Erlasses der fraglichen Verfügung, stattgefunden, den 3. Februar abhin ist der Geldstag ausgekündet worden, also zerfällt die Rechtsgültigkeit der angeblichen Faustpfandvorgabe, weil innert 6 Wochen vor der Geldstagauskündung vorgenommen und desshalb nach § 1 lit. a der Geldstagsnovelle vom 24. Dezember 1881 ungültig.

---

**9.** *Droit de rétention. Art. 226, 228, 294 C. O.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 30 mars 1883 dans la cause Degrange c. Monnerat.

1) Attendu en fait que Monnerat est, en vertu d'un contrat de bail du 5 avril 1859, locataire d'une pièce de terre appartenant aux demandeurs, sise dans la Commune de Carouge, moyennant le prix de 2000 francs l'an, payable par semestre, d'avance le 15 octobre et le 15 avril de chaque année;

Que le loyer du semestre courant est payé jusqu'au 15 avril 1883 date à laquelle un nouveau semestre de loyer sera exigible.

Que malgré cette circonstance qu'il ne leur est actuellement rien dû par Monnerat, les mariés Degrange ont sollicité et obtenu du Président du Tribunal civil, le 23 février 1883, l'autorisation de faire pratiquer au préjudice du sieur Monnerat une saisie provisionnelle sur les effets mobiliers appartenant à ce dernier;

Que le motif invoqué pour obtenir cette autorisation a été que le débiteur avait déjà fait disparaître la plus grande partie des objets mobiliers et presque toutes ses marchandises, qu'il en faisait disparaître le surplus et qu'il démolissait les constructions qu'il avait fait élever sur le terrain loué;

Attendu que ces faits articulés par les saisissants n'ayant pas été contestés par le défendeur doivent être tenus pour constants, sauf en ce qui concerne les constructions auxquelles il déclare n'avoir pas touché;

Considérant toutefois que ce dernier fait est sans importance, car les demandeurs ayant, aux termes du bail, le droit de reprendre leur terrain dans l'état où il avait été loué, c'est-à-dire d'exiger l'enlèvement des constructions, celles-ci ne sauraient constituer en leur faveur une garantie bien sérieuse.

Que dès lors les saisissants se trouvaient au bénéfice de l'art. 294 du Code fédéral des obligations qui leur permettait de contraindre, avec l'assistance de l'autorité compétente, le locataire à laisser sur les lieux loués autant de meubles qu'il était nécessaire pour la garantie du loyer de l'année courante, puisque le loyer de l'année écoulée était payé, soit du loyer jusqu'au 15 octobre 1883;

Attendu qu'à Genève l'autorité compétente en pareil cas est, avant tout, le président du Tribunal Civil lequel a, en vertu de la Section première du Titre II de la loi de Procédure civile le droit d'ordonner les mesures provisionnelles;

Attendu dès lors que la saisie provisionnelle a, encore à ce point de vue, régulièrement procédé .et que cette mesure était légitime.

2) Attendu qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le semestre de loyer pour sûreté duquel la saisie a été pratiquée ne sera exigible que le 15 avril prochain.

Que Monnerat ne doit donc rien actuellement aux mariés Degrange;

Attendu que l'on invoquerait vainement, à l'appui de la prétention des saisissants de faire vendre sans délai les objets saisis, les dispositions des art. 226 et 228 du Code fédéral des obligations qui permettent au créancier qui n'a reçu ni paiement ni garantie suffisante de poursuivre, moyennant un avertissement préalable donné au débiteur, la réalisation de son droit de rétention comme un créancier gagiste, même pour une dette non échue, lorsque le débiteur a suspendu ses paiements;

Qu'en effet ce droit est subordonné à l'insuffisance de la garantie que le créancier a entre les mains et la saisie provisionnelle a eu précisément pour effet d'assurer au bailleur

une garantie suffisante. (Schneider, Commentaire, n° 1 *in fine* sur art. 228);

Que la réalisation du gage ne saurait donc être ordonnée avant que la dette soit exigible;

Attendu d'autre part qu'il n'appartient pas au Tribunal de fixer le jour où aura lieu la vente des objets saisis au préjudice de Monnerat en statuant sur le mérite de la saisie provisionnelle, mais seulement d'en ordonner la vente conformément à la loi;

Qu'il ne saurait donc l'ordonner en réservant qu'elle n'aura lieu que lorsque la créance des mariés Degrange sera devenue exigible;

Attendu dès lors que le seul parti à prendre pour le Tribunal est de déclarer bonne et valable à la forme la saisie provisionnelle pratiquée par les mariés Degrange au préjudice de Monnerat et de surseoir à statuer sur le fond jusqu'à l'époque où la dite créance sera devenue exigible.

3) Attendu qu'aux termes de l'art. 294 C. O. déjà cité le bailleur peut contraindre le locataire à laisser dans les lieux loués autant de meubles qu'il est nécessaire pour sa garantie, mais que cette garantie n'a pour objet que le loyer de l'année écoulée et de l'année courante soit, dans l'espèce, une somme de 1000 francs.

Vu le procès-verbal de saisie provisionnelle dressé par l'huissier; attendu qu'il en résulte que l'huissier a mis sous main de justice un matériel hors de proportion avec la somme de 1000 francs due pour l'année courante;

Considérant qu'il appartient aux juges de distraire de la saisie les objets qui paraissent dépasser la quantité nécessaire au bailleur pour exercer utilement son droit de garantie (Schneider, *loc. cit.*);

Attendu qu'il est de notoriété publique qu'outre les objets saisis il existe sur le terrain loué par les demandeurs au défendeur une vaste construction en maçonnerie servant de buanderie et de bains laquelle ne peut disparaître facilement;

Qu'il suffit dès lors de maintenir la saisie seulement autant qu'elle porte sur les objets saisis sous les numéros 1, 6 et 7 du procès-verbal, soit une construction en briques et bois servant de bureau, logement, atelier, etc., une machine à vapeur et ses deux chaudières et un grand hangar en bois couvert en tuiles servant de dépôt pour les bois et d'en donner main-levée autant qu'elle porte sur d'autres objets.

**10.** *Droit de rétention. Objets se trouvant à la disposition du créancier avant le 1er janvier 1883. Art. 224, 887 C. O.*

*Le créancier exerce son droit de rétention sur les objets mobiliers de son débiteur qu'il a en mains du consentement de celui-ci, s'il y a connexité entre ces objets et la créance.*

*Ce droit s'exerce lors même que le créancier est en possession de ces objets depuis une époque antérieure au 1er janvier 1883.*

**Genève.** Jugement du tribunal de commerce du 22 février 1883 dans la cause Heymann c. Goux.

En fait: En vertu de précédentes décisions judiciaires, Heymann devait rendre au syndic de la faillite Goux un certain nombre de tonneaux (demi-muids) appartenant à cette dernière.

Ces tonneaux ayant été offerts au syndic de la faillite, Marziano, celui-ci n'en prit pas livraison et ne paya pas non plus les frais de justice auxquels il avait été condamné vis-à-vis d'Heymann. Heymann se fondant sur les dispositions de la loi fédérale des obligations voulut, comme créancier de ces frais, exercer son privilège sur les tonneaux qu'il détenait et assigna en réalisation de ce gage Marziano contestant ce droit devant le Tribunal de Commerce de Genève qui lui a donné raison.

Motifs: Attendu qu'Heymann a conclu dans l'exploit introductif de la présente instance à ce que le Tribunal ordonne la vente des dits demi-muids pour le prix en provenant être appliqué par privilège aux frais de justice et à la créance résultant pour lui des jugements antérieurs.

Que le défendeur conteste la demande comme tendant, suivant lui, à modifier une décision antérieure des tribunaux.

Attendu qu'aux termes des art. 224 et suivants du Code fédéral des obligations tout créancier jouit lorsque sa créance est échue d'un droit de rétention sur les biens meubles qui se trouvent à sa disposition du consentement du débiteur, pourvu qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue et qu'il suffit entre commerçants, pour qu'il y ait connexité, que la créance et la possession de la chose résultent de leurs relations d'affaires.

Qu'aux termes de l'art. 887 du même Code les droits de rétention reconnus par la loi s'étendent également aux objets qui se trouvaient à la disposition du créancier avant le 1er janvier 1883.

Attendu que la connexité et le consentement du débiteur ne peuvent être contestés.

Par ces motifs, le Tribunal ordonne la vente aux enchères publiques des quarante-quatre demi-muids vides détenus par Heymann et appartenant à la faillite Goux; commet M. Bertrand huissier judiciaire à Genève pour procéder à la dite vente conformément à la loi; dit que le prix en provenant sera appliqué par privilège aux frais de justice et de magasinage dûment justifiés et le surplus à la créance de sieur Heymann jusqu'à extinction de la dite créance, sinon à compte. Passe les dépens en frais privilégiés de faillite et déboute les parties de toutes plus amples ou contraires conclusions.

---

**11.** *Bail à ferme. En cas de faillite le droit de rétention accordé au bailleur par le Code fédéral déroge aux dispositions de la loi cantonale en matière de privilèges. Art. 294, 297, 228, 887 C. O.*

**Neuchâtel.** Arrêt de Cour d'appel du 25 juin 1883 (Fritz Berthoud c. masse en faillite de Samuel Gehret).

Fritz Berthoud, comme propriétaire, et Samuel Gehret, comme fermier, ont conclu le 11 novembre 1869 un contrat de bail à ferme. Le fermage est fixé par le bail à fr. 1520 par année.

Samuel Gehret a été déclaré en faillite par jugement du 19 février 1883.

Suivant règlement de compte fait entre eux, Fritz Berthoud est créancier de Samuel Gehret d'une somme de fr. 4832. 80 se décomposant comme suit:

| | | |
|---|---|---|
| Solde redu sur les anciens fermages | fr. | 1792. 80 |
| fermage du 27 mars 1881 au 27 mars 1882 | „ | 1520. — |
| „ „ 27 mars 1882 au 27 mars 1883, époque à laquelle les parties sont convenues de résilier le bail | „ | 1520. — |
| Total | fr. | 4832. 80 |

Se fondant sur les art. 294, 297, 228 et 887 du Code fédéral des obligations et sur l'art. 661 § 4 du C. Proc. civile modifié par décret du 23 novembre 1882, Fritz Berthoud a fait dans la masse en faillite une inscription dans les termes suivants:

„L'inscrivant fait noter qu'il entend exercer sur les „meubles de toute nature qui garnissent la ferme le droit de „rétention que la loi lui accorde pour garantie du fermage de „l'année écoulée et de l'année courante, ce qu'il notifie à la „masse en faillite, soit à son syndic, par la présente in„scription.

„Toutefois, il fait offre à la masse de renoncer à son „droit de rétention moyennant liquidation de son inscription „pour fermages arriérés de la manière suivante:

Fr. 3040. — soit *deux années* de fermage en privilège général sur les biens de la masse soit au rang de l'art. 660 § 4 C. P. C.

„ 1792. 80 en rang chirographaire (C. P. C. art. 664).

Fr. 4832. 80."

La masse en faillite a fait opposition à cette demande. Elle a prétendu que les dispositions du Code fédéral des obligations n'étaient pas applicables à l'espèce, que s'agissant d'un bail conclu avant le 1er janvier 1883, les effets en étaient régis par le droit cantonal et que, le fermier étant en faillite, il y avait lieu d'appliquer la loi cantonale sur la faillite et spécialement l'art. 660 § 4 C. P. C. ainsi conçu:

„Les créances jouissant d'un privilège général sur les „biens libres de la masse, sont:

„ . . . . . 4° Le prix du bail *d'une année* dû au propriétaire de la ferme ou de la maison occupée par le failli."

Les conclusions du demandeur ont été déclarées bien fondées par jugement du 22 mai 1883 du Tribunal d'arrondissement du Val de Travers et cette sentence a été confirmée par la Cour d'appel.

Motifs: Attendu qu'il s'agit de savoir dans l'espèce quel droit est applicable;

Que le droit fédéral fait règle en cas de non concordance avec le droit cantonal;

Que l'art. 1703 du Code civil modifié a expressément réservé l'application de ce droit en matière de privilèges;

Que c'est le 19 février 1883 que Gehret a été déclaré en faillite;

Que le Code fédéral des obligations est entré en vigueur et est exécutoire à partir du 1er janvier 1883;

Qu'en conséquence et malgré les dispositions de notre loi sur la faillite, c'est le droit fédéral qui régit la matière;

Attendu qu'aux termes de l'art. 294 du Code fédéral des obligations le bailleur d'un immeuble a, pour garantie du loyer de l'année écoulée et de l'année courante, un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués et qui servent soit à l'arrangement soit à l'usage de ces lieux;

Que les art. 224 et suivants (228) du même Code indiquent de quelle manière s'exerce le droit de rétention du créancier sur les biens meubles et les titres qui se trouvent à sa disposition du consentement du créancier;

Que dans l'espèce le créancier s'est conformé à ces dispositions;

Que l'art. 887 du Code précité est ainsi conçu: Les droits de rétention reconnus par le présent code s'étendent également aux objets qui se trouvaient à la disposition du créancier avant le 1er janvier 1883.

Il peut s'en prévaloir même à raison de créances nées avant le 1er janvier 1883.

Les droits de rétention qui ont pris naissance antérieurement à cette date sont régis, quant à leurs effets, par le présent code.

---

**12.** *Constitutum possessorium. Ungültigkeit einer Eigenthumsübertragung gegenüber Dritten bei beabsichtigter Benachtheiligung derselben. Art. 202, Abs. 2, O.-R.*

**Zürich.** Recursalentscheid der Appellationskammer des Obergerichts vom 22. Mai 1883.

Im Konkurse des F. W., Schreiner in K., welcher am 22. Januar 1883 eröffnet worden ist, hat der Ansprecher und Rekursgegner, Schwager des Konkursiten, einen tannenen fournirten Sekretär und eine Stockuhr mit Glasglocke vindizirt und diese Vindikation unter Vorlegung eines Kauf- und Miethvertrages vom 5. Januar 1883 auf die Behauptung gegründet, dass er die vindizirten Gegenstände zur Deckung eines Darlehens von Fr. 120 dem W. abgekauft, diesem aber miethweise im Besitz gelassen habe. Die Vindikation wurde auf Grund des Art. 202, Satz 2, des schweizer. Obligationenrechtes bestritten, durch Erkenntniss des Konkursrichters vom 7. April 1883 aber gutgeheissen. — Die Einsprecher rekurirten mit Erfolg gegen dieses Erkenntniss.

Motive. Zum Uebergang des Eigentums an beweglichen Sachen ist nach dem zur Anwendung kommenden schweizer. Obligationenrecht die Besitzesübergabe erforderlich und es kann allerdings nach Art. 202 der Besitzesübergang ausnahmsweise auch in der Weise bewerkstelligt werden, dass zwar äusserlich in den Besitzesverhältnissen keine Aenderung eintritt, der Veräusserer aber den Besitz nicht mehr als Eigenthümer, sondern in Folge eines besondern Rechtsverhältnisses, wie z. B. eines Miethvertrages, somit als Stellvertreter des neuen Erwerbers fortsetzt. Eine solche ausnahmsweise Besitzesübertragung, wie sie auch hier stattgefunden haben soll, ist indess nach dem zweiten Satze des cit. Artikels Dritten

gegenüber unwirksam, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wurde. — Während nach bisheriger zürcherischer Praxis ernstlich gemeinte Deckungsgeschäfte als zulässig erachtet und geschützt wurden, ist somit nach der zitirten Bestimmung des schweizer. Obligationenrechtes auch ein reelles und ernstliches Deckungsgeschäft mittelst Umwandlung des bisherigen Eigenbesitzes in abgeleiteten Besitz (sogen. constitutum possessorium) ohne weiters anfechtbar, sobald sich ergibt, dass es sich dabei lediglich um die Begünstigung eines Gläubigers auf Kosten der andern gehandelt habe. — Dieser Beweis ist hier vollständig geleistet und es braucht daher auf die Frage, ob der in Frage stehende Kauf- und Miethvertrag auf Fiktion beruhe, überall nicht eingetreten zu werden. — Es spricht nämlich dafür, dass es sich darum handelte, die Gegenstände dem Konkurse zu entziehen, schon der Umstand entscheidend, dass unbestrittenermaassen am 5. Januar 1883, als das Geschäft abgeschlossen wurde, die am 17. Januar vollzogene Pfändung bei dem Konkursiten zu Gunsten der Privateinsprecher bevorstand, sowie, was der Notar als Konkursbehörde mit Recht hervorhebt, dass ohne eine solche Absicht ein Schreiner offenbar nicht dazu gekommen wäre, einen von ihm angefertigten Schreibtisch zwar zu verkaufen, aber sofort wieder zu miethen und für die Benützung einen verhältnissmässig nicht unbedeutenden Zins zu versprechen.

---

**18.** *Prozessualische Wechselstrenge. Das Erforderniss der Eintragung im Handelsregister muss im Zeitpunkt der Eingehung der rechtlichen Verpflichtung, nicht im Moment der Execution vorhanden sein. Art. 720, Abs. 2, O.-R.*

**Zürich.** Anweisung des Obergerichtes vom 14. Dezember 1882 an die Bezirksgerichtspräsidenten.

Dieser Grundsatz ist vom Obergerichte ausgesprochen worden in einer Anweisung vom 14. Dezember 1882 an sämmtliche Bezirksgerichtspräsidenten, betreffend Bewilligung des schnellen Rechtsbetriebes (publizirt im schweizer. Handelsamtsblatt I, S. 7).

Der „schnelle Rechtsbetrieb" ist ein solcher mit stark abgekürzten Fristen; derselbe findet nach § 94 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung vom 29. Weinmonat 1871 (Amtl. Ges.-Samml. Bd. XVI, S. 181 u. s. w.) blos für Wechselforderungen statt, gehört also unter die in Art. 720, S. 2, des schweizer. Obligationenrechtes vorbehaltenen besondern

kantonalen Vorschriften für Wechselexecution. Die Bewilligung hiezu ist gemäss § 95 des Schuldbetreibungsgesetzes Sache des Bezirksgerichtspräsidenten. — Zufolge genannter Anweisung des zürcher. Obergerichtes „bildet die Eintragung des Wechselschuldners in's Handelsregister mit Bezug auf die nach dem 31. Dezember 1882 entstehenden Wechselverbindlichkeiten einen Theil des Klagefundamentes für das auf Bewilligung des schnellen Rechtstriebes gerichtete Rechtsbegehren." Es handelt sich um den Nachweis, dass der Beklagte im Momente der Eingehung der wechselrechtlichen Verpflichtung im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Bezüglich des Beweises wird sodann ausgeführt: „Das beste Beweismittel für diese dem Kläger obliegende Bescheinigung ist ohne Zweifel ein vom Registerführer beglaubigter Auszug aus dem Handelsregister, woraus hervorgeht, dass der Beklagte zur Zeit der Eingehung der Wechselverbindlichkeit oder wenn dieses Datum, wie bei einem undatirten Indossament, unsicher ist, zur Zeit des vorausgehenden Indossaments oder der Ausstellung des Wechsels im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Allein es genügt auch die Vorlage der Publikation der Eintragung im Handelsamtsblatt, insofern dieselbe nicht in die Zeit nach Eingehung der Wechselverbindlichkeit fällt und es bedarf keines Nachweises, dass bis zu diesem Zeitpunkt keine Löschung stattgefunden habe. Endlich darf auch das amtliche Wissen des Richters angerufen werden, unter anderm überall da, wo kurz vorher gegen den gleichen Beklagten die Wechselexekution bewilligt worden ist, oder wenn es sich um einen Beklagten handelt, dessen Eintragung im Handelsregister als notorisch betrachtet werden darf, was z. B. bei einer neuen Aktiengesellschaft mit Rücksicht auf § 623 des O.-R. immer der Fall ist. Dagegen darf dem Richter nicht zugemuthet werden, sich dieses amtliche Wissen z. B. durch Nachschlagen im Handelsamtsblatt zu verschaffen. — Auf diese Bescheinigung hin ist die Bewilligung zum schnellen Rechtstrieb wie bisher zu ertheilen, jedoch soll in derselben der Grund, auf welchen gestützt die Thatsache der Eintragung im Handelsregister für genügend bescheinigt betrachtet wird, kurz angegeben werden. — Rechtsvorschlag gegen die schnelle Schuldbetreibung ist auch dann zu ertheilen, wenn der Beklagte glaubhaft machen kann, dass er zur Zeit der Eingehung der Wechselverbindlichkeit nicht, oder nicht mehr im Handelsregister eingetragen gewesen sei, z. B. wenn die schnelle Betreibung auf die Publikation der Eintragung im Handelsamtsblatt hin bewilligt worden ist, durch Vorweisung eines Zeugnisses des Registerführers für die Lösch-

ung, doch ist, wie überhaupt beim Rechtsvorschlag gegen schnelle Betreibung, die Pfändung dennoch zu vollziehen.

Siehe hiezu die Bemerkungen in den schweizer. Blättern für handelsgerichtliche Entscheidungen Bd. I, S. 381 und 382.

---

Bei Beantwortung der Einfrage eines Bezirksgerichtspräsidenten über die vorwürfige Frage wurde vom Obergericht unterm 7. Juli 1883 zur Unterstützung des in obiger Anweisung ausgesprochenen Grundsatzes noch angeführt: „Die Auffassung des Obergerichts steht im Einklang mit derjenigen Anschauung über die rechtliche Natur der sogen. „formalen Wechselstrenge", auf welcher Art. 901 des schweizer. Obligationenrechts fusst und die daher als diejenige dieser Gesetzeskodifikation betrachtet werden muss. Diese Rechtsanschauung geht nämlich dahin, dass die Vorschrift des Art. 720, Satz 2, nicht rein prozessualischen und daher zwingenden Charakter habe (vgl. von Wyss „Ueber die Anwendung neuer Gesetze auf bereits bestehende Rechtsverhältnisse", in der „Zeitschrift für schweizer. Recht" Bd. III, S. 124 ff., S. 165), sondern, dass die Fähigkeit, schnellrechtlich belangt werden zu können (sogen. „formale Wechselfähigkeit") gerade so wie die materielle Wechselfähigkeit, als eine persönliche Eigenschaft des Wechselschuldners zu betrachten sei, welche im Momente der Eingehung der Verpflichtung vorhanden sein muss. Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlasst haben, dieser Ansicht den Vorzug zu geben vor derjenigen, welche den Vorschriften über die formale Wechselstrenge rein prozessualische Natur zuschreibt, sind für den Richter gleichgültig, indess ist nicht zu verkennen, dass für erstere Auffassung auch namentlich Zweckmässigkeitsgründe sprechen."

---

**14.** *Unfallversicherung. Ausschluss der Haftung der Versicherungsgesellschaft für eine in Folge eines Bades plötzlich eingetretene Gesundheitsschädigung.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 30. Mai 1883 i. S. Ulrich Rutishauser c. schweizer. Unfallversicherungsgesellschaft in Winterthur.

Der Appellant ist bei der Appellatin um Fr. 15 per Tag gegen Unfälle versichert. Unterm 15. Juli 1882, als er in der Badanstalt Romanshorn unter ganz normalen äusseren Umständen, völlig abgekühlt, bei gehöriger Wärme des Wassers badete, sank er plötzlich unter, wurde durch einen Mitbadenden aus dem Wasser geschafft und erkrankt nach Hause ge-

bracht. Gemäss dem ärztlichen Zeugniss musste er während drei Wochen das Bett hüten und nachher eine dreiwöchentliche Kur zur Erholung im Appenzeller Land machen. Er verlangt nunmehr, gestützt auf den Versicherungsvertrag, für 44 Tage à Fr. 15 Fr. 660 von der Appellatin.

Die von der ersten Instanz angeordnete Expertise der Aerzte F. & R. geht dahin, dass der Appellant, bevor er das Bad nahm, eine Disposition zur Erkrankung der Blutkreislauforgane gehabt habe, welche in Verbindung mit der natürlichen Wirkung des kalten Wassers den Unfall und die nachfolgende Krankheit hervorgerufen habe. Die Appellatin behauptete, dass dieser Vorfall sich nicht als Unfall im Sinne der Statuten und des Versicherungsvertrages qualifizire.

Die erste Instanz theilte diese Ansicht. Nach der gerichtlichen Expertise habe Appellant den Keim zur Krankheit in sich getragen, bevor er in's Bad getreten, somit müsse die mehrwöchentliche Krankheit als eine gewöhnliche betrachtet werden, für welche nach Artikel 4 des Versicherungsvertrages die Versicherung nicht gelte. Es wurde desshalb die Forderung des Appellanten abgewiesen.

Der Appellant, der inzwischen verschiedene ärztliche Zeugnisse vom April und Mai 1883 in's Recht gelegt hat, wonach sich zu dieser Zeit seine Blutkreislauforgane in normalem Zustande befunden haben, sucht um Schutz seiner Forderung nach. Als Unfall sei jede Gesundheitsschädigung zu qualifiziren, welche durch eine äussere Einwirkung plötzlich eintrete. Das sei bei ihm der Fall gewesen und habe die Versicherung Unfälle beim Baden nicht ausgeschlossen, wie auch, wenn er ertrunken wäre, unzweifelhaft ein Unfall vorhanden gewesen wäre. Das kalte Bad habe den Unfall herbeigeführt. Eventuell wird auf Anordnung einer Oberexpertise gedrungen.

Die Appellatin verlangt Abweisung der Appellation. Der Unfall, welcher bei der Versicherung in Frage komme, müsse die Ursache, nicht die Wirkung sein; es sei erforderlich, dass die Gesundheitsstörung durch eine körperliche, mechanische, gewaltsame Einwirkung von aussen herbeigeführt werde. Wenn die Ursache des allfälligen Ertrinkens des Appellanten in der krankhaften Disposition desselben gelegen hätte, wäre die Versicherungssumme nicht fällig geworden. Eventuell wird der geforderte Betrag auch quantitativ bemängelt.

Das Obergericht bestätigte das Urtheil der ersten Instanz.

Motive. Die Entscheidung des vorstehenden Prozesses hängt davon ab, was unter einem Unfall im Sinne des zwischen

den Litiganten abgeschlossenen Versicherungsvertrages zu verstehen sei. Jedenfalls ist damit nicht der gewöhnliche allgemeine und weitere Begriff des Unfalls zu verstehen, weil darunter jede Gesundheitsstörung, jede Krankheit fällt, während Artikel 4 der Versicherungsbedingung u. A. sagt, dass im Versicherungsvertrage z. B. gewöhnliche Krankheiten nicht inbegriffen seien. Somit sind alle Gesundheitsstörungen, welche in gewöhnlichen Vorfällen ihren Grund haben, nicht versichert. Fraglich ist nun im speziellen Fall, ob die Gesundheitsstörung des Appellanten unter anormalen Verhältnissen stattgefunden habe. Der Appellant hat unter normalen Verhältnissen gebadet, etwas Anormales kam dabei nicht vor, wie ja auch die übrigen Mitbadenden an ihrer Gesundheit keinen Schaden genommen haben. Auch die gerichtlich bestellten Experten sprechen sich dahin aus, dass das Baden nichts gesundheitsstörendes gewesen sei, dagegen habe Appellant eine krankhafte Disposition gehabt, welche den Vorfall veranlasst habe. Somit kann die beim Baden eingetretene Krankheit nicht als ein Unfall im Sinn des Versicherungsvertrages betrachtet werden und ist die darauf begründete Forderung des Appellanten schon qualitativ abzuweisen.

---

**15.** *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Die einjährige Verjährungsfrist des Art. 12 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 ist bei Unfällen, die sich zur Zeit der Geltung der zweijährigen Verjährungsfrist des Art. 5 des Bundesgesetzes vom 23. März 1877 ereigneten, von dem Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes an zu berechnen.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 7. Oktober 1882 i. S. Alois Duszeck c. Gassmann.

Motive. Der Kläger erlitt am 16. Juni 1880, während er als Arbeiter des Beklagten in dessen Schreinerwerkstätte beschäftigt war, eine Verletzung, aus welcher er den streitigen Anspruch herleitet, und es herrscht kein Streit darüber, dass die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb auf den vorliegenden Fall Anwendung finden; dagegen wird zunächst eingewendet, der Klageanspruch sei verjährt, und die erste Instanz hat auch aus diesem Grunde, ohne auf die weitere Begründung der Klage und auf die diesfälligen Beweisanerbieten einzutreten, den Kläger mit seiner Forderung abgewiesen.

Es is daher auch in zweiter Instanz auf die Frage der Verjährung einzutreten, denn wenn dieselbe verneint würde,

müsste Rückweisung an die erste Instanz zur Abnahme der angebotenen Beweise für das Selbstverschulden bezw. die Mitschuld des Klägers erfolgen.

Während das Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877, das mit dem 1. Januar 1878 in Kraft trat, und in § 5 provisorische Bestimmungen über die Haftpflicht enthielt, die Verjährungsfrist für derartige Ansprüche auf zwei Jahre vom Tage des Unfalls an gerechnet festsetzte (Bd. III, 241), weicht das am 25. Juni 1881 erlassene und am 11. Oktober in Kraft getretene Bundesgesetz, das sich ausschliesslich mit der Haftpflicht aus Fabrikbetrieb befasst und diese Materie definitiv ordnet (Bd. V 562), insofern hiervon ab, als es in § 12 die Verjährungsfrist auf ein Jahr vom Tage des Unfalles an gerechnet, festsetzt und hebt zugleich in Art. 15 den Art. 5 des früheren Gesetzes, mit Ausnahme der hier nicht in Betracht fallenden Bestimmung lit. d ausdrücklich auf.

Das Bezirksgericht ist nun, indem es Verjährung des klägerischen Anspruches angenommen hat, davon ausgegangen, dass, ungeachtet der Unfall unter der Herrschaft des früheren Gesetzes stattgefunden habe, bezüglich der Verjährung nicht die in diesem Gesetze aufgestellte längere, sondern die in dem späteren Gesetze aufgestellte kürzere Frist zur Anwendung komme.

Aus der Natur der Sache ergibt sich nun Folgendes: Jedes Gesetz bildet die Rechtsnorm für diejenige Zeit, während welcher es besteht; die in dieser Zeit sich ereignenden Thatsachen sind nach demselben zu beurtheilen. Tritt nun ein neues Gesetz an Stelle des bisherigen, so ergreift dasselbe die seit dessen Inkrafttreten vorkommenden Thatsachen; das ausser Kraft getretene Gesetz hat keinen Einfluss auf die späteren Thatsachen. Auf der anderen Seite aber bleiben die Thatsachen aus der Zeit vor dem neuen Gesetz von diesem unberührt: Die Gesetze haben keine rückwirkende Kraft. (Franz. Code civil Art. 2: „La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétro actif.“)

Nach diesen Regeln ist im vorliegenden Falle die Thatsache zu beurtheilen, dass der nunmehr geltend gemachte Anspruch während einer gewissen Zeitdauer nicht gerichtlich geltend gemacht wurde, an welche Thatsache unter gewissen Umständen die rechtliche Wirkung der Verjährung des Anspruches geknüpft ist, jedoch vom alten und vom neuen Gesetz unter abweichenden Voraussetzungen. Würde nun die Nichtgeltendmachung des Anspruches von der Zeit von dessen

Entstehung an, den 15. Juni 1880, bis zu dessen Einklagung, den 8. Mai 1882, ausschliesslich nach dem alten am 11. Oktober 1881 in Kraft getretenen Gesetz beurtheilt, so wäre diesem eine über seinen Untergang hinausreichende Kraft verliehen, welche es nicht hat, und eine Verjährungsfrist geschützt, welche mit der neuen Rechtsordnung unverträglich ist. Umgekehrt würde dem neuen Gesetze, entgegen seiner Bestimmung rückwirkende Kraft gegeben, wenn man lediglich die mit demselben eingeführte neue Verjährungsfrist zur Anwendung bringen wollte. Da nach dem neuen Gesetz die Verjährungsfrist erfüllt wäre, so müsste der klägerische Anspruch schon mit dem ersten Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes als verjährt gelten, was offenbar im grellen Widerspruch damit stände, dass das alte Gesetz dem Kläger noch einen gewissen Zeitraum zur Ausübung seines Rechts zugesichert hat. Als an sich einzig richtige Lösung der Collision beider Gesetze erscheint daher die, dass für die Verjährungszeit bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes, den 11. Oktober 1881, das Rechtsprinzip des alten Gesetzes und für die seitherige Verjährungszeit dasjenige des neuen Gesetzes angewendet wird. Dies geschieht dann, wenn die alte Verjährungszeit in ihrem Verhältniss zur damaligen Verjährungsfrist angerechnet wird, und die neue im Verhältniss zur neuen Frist. Also ist folgendermaassen zu rechnen: Die alte Verjährungszeit ist diejenige vom 15. Juni 1880 (Entstehung des Anspruchs) bis 11. Oktober 1881 (Inkrafttreten des neuen Gesetzes) und beträgt 482 Tage, also im Verhältniss zur alten Verjährungsfrist von 2 Jahren oder $2 \times 365 = 730$ Tagen; $^{482}/_{730} = {}^{241}/_{365}$, und es bleibt von der Verjährungsfrist noch übrig $^{124}/_{365}$ derselben. Wie viele Tage dies ausmacht, ist nach dem Rechnungsgrundsatz des neuen Gesetzes zu berechnen. Dieses normirt die Verjährungsfrist auf 1 Jahr oder 365 Tage, und hiernach berechnet beträgt der Rest derselben $^{124}/_{365} \times 365$ Tage $= 124$ Tage, vom 11. Oktober 1881 an gerechnet. Nach dieser Berechnung wäre die Verjährungsfrist am 12. Februar 1882 abgelaufen und der eingeklagte Anspruch verjährt.

(Vgl. Windscheid Pandekten 5. Aufl. Bd. I, S. 81, Note 10 und Prof. Dr. Schneider, Motive zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum eidgen. Obligationenrecht in der Zeitschr. für schweizer. Rechtspflege, Bd. IV, S. 435.)

Dieser Berechnungsweise ist indessen nicht ohne Grund der Vorwurf grosser Komplizirtheit gemacht worden, und im Fernern hat dieselbe, namentlich da, wo das neue Gesetz eine kürzere Verjährungsfrist einführt und die alte schon grössten-

theils verstrichen ist, sowie überhaupt bei kurzen Verjährungsfristen, für das Billigkeitsgefühl etwas Stossendes. Man wird sich nicht verhehlen können, dass die eben auseinandergesetzte Einwirkung des neuen Gesetzes auf die begonnene Verjährung auch demjenigen entgehen kann, der sich bemüht hat das neue Gesetz kennen zu lernen; in diesem Falle aber wäre die Anrechnung des Rechtsirrthums entschieden eine Härte und innerlich unrichtig. Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, rechtfertigt sich für Fälle dieser Art ein akkommodirendes Verfahren, wobei zwar dem neuen Gesetze die Einwirkung auf die Verjährung nicht ganz vorenthalten wird, gegenüber der strengen Anrechnung der neuen Frist aber immerhin eine Vergünstigung gewährt und das Maass der gewährten Verlängerung von vornherein für alle Fälle festgesetzt wird.

Diesen Akkommodationsstandpunkt hat das zürcherische privatrechtliche Gesetzbuch für die §§ 474—902 desselben im bezüglichen Einführungsgesetz vom 19. April 1854 § 2 aufgenommen und diese Bestimmung ist auf den Antrag von Prof. Dr. Schneider als Redaktor des Einführungsgesetzes für das schweizer. Obligationenrecht im Wortlaute herübergenommen worden in die Uebergangsbestimmungen dieses Bundesgesetzes Art. 883. Die cit. zürcherische Gesetzesvorschrift bestimmt, dass es bei (neuen) Verjährungs- und Ersitzungsfristen von 10 Jahren und darüber zum Fristablauf mindestens noch fünf Jahre bedürfe und dass kürzere Verjährungs- und Ersitzungsfristen erst mit dem Zeitpunkt der Einführung des Gesetzes zu laufen beginnen. Wenn nun auch diese Bestimmung, wie schon hervorgehoben wurde, nur für die Verjährungsfristen des Sachenrechts gegeben worden ist und für das Obligationenrecht in dieser Hinsicht eine Lücke besteht, so ist doch die Annahme gerechtfertigt, dass der für das Sachenrecht ausgesprochene Wille des Gesetzgebers, bei Beantwortung der gleichen Frage beim Obligationenrecht, falls diese Frage hätte normirt werden wollen, der nämliche gewesen, und es erscheint daher am Platze jene Bestimmung in analoger Weise auf Forderungsansprüche und den vorliegenden Fall anzuwenden. Es ist somit die einjährige Verjährungsfrist des neuen Gesetzes vom Tage des Inkrafttretens desselben zu berechnen und hiebei ergibt sich, dass die Klage nicht verjährt ist.

Die Einrede der Verjährung erscheint somit als unbegründet und gemäss den Ausführungen in Erw. 1 ist daher die Sache, da ein Beweisverfahren eingeleitet werden muss, an die erste Instanz zurückzuweisen.

**16.** *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Verletzung eines Auges durch Eisensplitter. Der Begriff „Betrieb einer Fabrik" umfasst nicht nur die Verwendung mechanischer Betriebsmittel und das Zusammenwirken einer Mehrheit von Personen, sondern auch die Handarbeit des einzelnen Arbeiters. Einrede des Selbstverschuldens.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 30. Dezember 1882, bestätigt durch das Appellationsgericht am 15. Februar 1883 i. S. Grimm c. Burckhardt & Cie.

Kläger, in der Maschinenfabrik des Beklagten als Arbeiter angestellt, wurde am 16. Februar 1883 durch einen Eisensplitter am linken Auge verletzt, als er an einer Maschine etwas Eisen wegmeisselte. Dabei fuhr ihm ein Splitter in's Auge, welches durch keine Brille geschützt war. Anfänglich legte er dem Unfall keine Bedeutung bei. Erst am 17. Februar begab er sich zu der ophtalmologischen Klinik von Prof. Schiess, woselbst der Splitter herausgenommen wurde. Wegen Verschlimmerung des Auges musste Kläger einige Tage nachher in den Augenspital aufgenommen werden. In Folge von Entzündung und Eiterung erblindete das Auge. Durch eine im Juli vorgenommene Operation wurde das Sehvermögen am verletzten Auge etwas hergestellt. Dasselbe ist jedoch so gering, dass es für die Arbeit nicht in Betracht kommt. Ferner ist eine sympathische Erkrankung des andern (rechten) Auges immerhin möglich. In diesem Falle müsste das linke Auge unverzüglich entfernt werden.

Kläger verlangt 3000 Fr. Entschädigung nebst Zins und Vorbehalt des Klagerechts für den Fall des Eintritts weiterer schlimmen Folgen aus dem Unfall.

Beklagte bestreiten: 1) dass die vom Kläger erlittene Körperverletzung durch den Betrieb ihrer Fabrik herbeigeführt sei und behaupten, der Unfall habe sich bei Verrichtung einer gewöhnlichen Handarbeit zugetragen; es handle sich also keineswegs um Funktionen, welche dem Betrieb einer mechanischen Werkstätte die ihr eigenthümliche Gefährlichkeit verleihen. 2) behaupten sie, Kläger habe sich die Verletzung durch eigenes Verschulden zugezogen. Er habe gegen sich gemeisselt und statt eines langen Meissels einen kurzen gebraucht, wodurch das Gesicht in allergrösste Nähe des wegzumeisselnden Eisenstückes gekommen sei. Ferner habe er keine Schutzbrille aufgesetzt. Die hierüber befragten Sachverständigen sprachen sich dahin aus, dass weder auf Seiten des Klägers noch der Beklagten eine Verschuldung nachweisbar sei. Es sei kaum anzunehmen, dass Kläger gegen sich gemeisselt habe,

da er sich hiezu in eine unbequeme Stellung habe versetzen müssen. Die Länge oder Kürze des Meissels komme nicht in Betracht. Zum Tragen einer Schutzbrille könnten die Arbeiter nicht angehalten werden, da solche Brillen lästig sind und das Sehen beeinträchtigen. 3) behaupten die Beklagten, Kläger habe die schweren Folgen der an sich unbedeutenden Verletzung selbst verschuldet, einerseits durch die ungeschickten Manipulationen, die er selbst und mit Hilfe eines Nebenarbeiters zur Entfernung des Splitters am Auge vornahm, andererseits durch Vernachlässigung der Wunde in den ersten Tagen. Dem erstern Punkte legt das medicinische Gutachten keine besondere Bedeutung bei. Im Uebrigen erklärt es als möglich, dass Kläger sein Auge nicht eingebüsst hätte, wenn er sofort in den Spital eingetreten wäre. Immerhin hinterlasse der Zustand, mit welchem Kläger in den Spital eintrat, gewöhnlich keine weiteren Folgen. Der vorliegende schlimme Ausgang müsse einen besondern Grund haben. Möglich sei, dass der vom Kläger durchgemachte Typhus hier eine Schuld trage.

Eventuell verlangen Beklagte Reduction der Klageforderung, denn: a) die Forderung sei übersetzt. Der Schaden des Körpers sei gering. Die technischen Experten erklären: wesentlich werde Kläger durch das Fehlen des einen Auges in seinem Berufe wahrscheinlich nicht gehemmt sein. Es sei indessen möglich, dass mancher Principal ungern einen Arbeiter einstellen werde, welchem ein Auge fehle. b) Dem Kläger falle wenigstens ein Theil der Schuld an dem Unfall zu. c) Wenn eine solche Mitschuld nicht angenommen werde, so sei die Verletzung lediglich einem Zufall zuzuschreiben und es müsse dann desshalb eine Reduction stattfinden.

Motive: Vor allem ist die Frage zu entscheiden, ob die Verletzung des Klägers eine durch den Betrieb der Fabrik herbeigeführte sei und demnach unter das Haftpflichtgesetz falle.

Nach der Botschaft des Bundesrathes zum Haftpflichtgesetz (Bundesblatt No. 53 vom 11. December 1880) umfasst nun der Betrieb im Sinne des Gesetzes diejenigen speziellen gewerblichen Arbeiten, die in den Räumlichkeiten der Fabrik von den Angestellten und Arbeitern ausgeführt werden und die nach Art. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877 einzig eine den Bestimmungen dieses Gesetzes unterworfene gewerbliche Anstalt ausmachen.

Das Bundesgericht hat nun den Begriff „Betrieb der Fabrik“ nach verschiedenen Richtungen hin näher präzisirt.

1. positio: Als durch den Betrieb der Fabrik herbeigeführt gelten alle Unfälle, die im Causalzusammenhang stehen

mit den dem Fabrikationsgewerbe eigenthümlichen Gefahren, welche einerseits die Verwendung mechanischer Betriebsmittel, anderseits das Zusammenwirken einer Mehrheit von Arbeitern mit sich bringt. (Vergl. Entscheide des Bundesgerichts, amtliche Sammlung VII, S. 102 Burgisser ca. Holzstofffabrik Perlen; VIII, S. 533 Wickert ca. Email- und Metallwaarenfabrik Zug; VIII, S. 537 Widmer ca. Horandt.)

2. negatio: Nicht durch den Betrieb herbeigeführt sind solche Unfälle, welche bei Arbeiten eintreten, die mit dem „eigentlichen Fabrikbetrieb" in keinerlei Verbindung stehen, d. h. wohl: die nicht zu den speziellen Verrichtungen gehören, welche in ihrer Gesammtheit das betreffende Fabrikgewerbe ausmachen, vorausgesetzt, dass nicht der Fall sub 1 vorliegt. (Vergleiche den citirten Fall Widmer ca. Horandt.)

Dazwischen liegt nun aber noch eine dritte Categorie von Unfällen, welche zwar nicht im Causalzusammenhang stehen mit den speziellen dem Fabrikationsgewerbe eigenthümlichen Gefahren, wohl aber eintreten bei den zu den speziellen Verrichtungen des betreffenden Gewerbs gehörenden Arbeiten. Ein Fall solcher Art ist dem Bundesgericht zur Beurtheilung noch nicht vorgelegen. Denn in der Streitsache Wyler ca. Sulzer (amtl. Sammlung VII, 267), welche einen derartigen Unfall beschlägt, war die Anwendung des dem Art. 2 des Haftpflichtgesetzes analogen Art. 5 des Fabrikgesetzes nicht bestritten.

Es umfasst nun aber der Ausdruck „Betrieb einer Fabrik" offenbar nicht nur die Begriffe „Verwendung mechanischer Betriebsmittel und Zusammenwirken einer Mehrheit von Arbeitern", sondern eine Fabrik wird eben dadurch betrieben, dass man die Summe derjenigen Arbeiten verrichtet, wodurch das betreffende Fabrikat hergestellt wird. Die Verwendung mechanischer Betriebsmittel und das Zusammenarbeiten einer Mehrheit von Personen sind nur ein Theil der hiebei in Betracht kommenden Faktoren. Die Leistung des einzelnen Arbeiters, die Handarbeit, gehört ebensogut dazu. Es wäre also eine im Wortlaut des Gesetzes nicht begründete Verengerung des Begriffs „Betrieb der Fabrik", wenn man ihn nur auf die Thätigkeit der zwei erstgenannten Faktoren beschränken wollte.

Dass auch der Verfasser des bundesräthlichen Entwurfs zum Haftpflichtgesetz an eine solche Beschränkung nicht dachte, zeigt die oben citirte Stelle aus der bundesräthlichen Botschaft.

Die Arbeit, bei welcher der Kläger verletzt wurde, war nun ohne Zweifel eine solche zum Fabrikbetrieb in dem eben geschilderten Sinn nothwendig mitgehörende Handarbeit. Aller-

dings könnte die gleiche Arbeit auch bei blos handwerksmässigem Betrieb vorkommen; da aber die Beklagten ihr Gewerbe fabrikmässig betreiben, so sind sie eben auch für diese Arbeit den für den Fabrikbetrieb geltenden gesetzlichen Bestimmungen unterworfen. (Vergl. Urtheil Langrock ca. Chamer Milchgesellschaft; amtl. Sammlung VII, 346.)

Nach dem Gesagten muss die Frage nach der Anwendbarkeit des Haftpflichtgesetzes bejaht werden. Denn die weitere Voraussetzung, dass Kläger seinen Unfall in den Räumlichkeiten der Fabrik erlitten hat, wird von den Beklagten nicht in Abrede gestellt.

Wenn nun die Beklagten in zweiter Linie einwenden, Kläger habe die Verletzung selbst verschuldet, so ist diese Behauptung durch die Expertise widerlegt worden, und auch der fernere Einwand, dass die schweren Folgen der Verletzung einem Verschulden des Klägers zuzuschreiben seien, kann nach dem medicinischen Gutachten nicht als erwiesen angenommen werden. Uebrigens würde dieser Einwand an sich auch keine Entlastung der Beklagten begründen, da es nur darauf ankommt, ob der eingetretene schädigende Erfolg im Causalzusammenhang steht mit der Verletzung, was nicht bestritten ist. (Vergl. Urtheil Langrock VII, 349.)

Die Beklagten sind also ersatzpflichtig. Was nun die Höhe der Entschädigungssumme anbetrifft, so zieht das Gericht einerseits in Erwägung, dass, wenn auch Kläger zu seiner Berufsarbeit nicht wesentlich untauglicher geworden ist, er nach der Expertise doch dadurch eine Schmälerung seiner Erwerbsfähigkeit erleidet, dass es für ihn als Einäugigen schwieriger ist, Arbeit zu finden, als früher, da er noch zwei gesunde Augen hatte. Anderseits aber fällt nach Art. 5 a des Haftpflichtgesetzes in Betracht, dass kein Verschulden des Beklagten vorliegt und sonach die Verletzung des Klägers einem Zufall zugeschrieben werden muss.

In Berücksichtigung dieser Umstände wird die von den Beklagten zu leistende Entschädigung auf Fr. 1500. — festgesetzt, wobei jedoch dem Kläger nach Art. 8 des Haftpflichtgesetzes das Klagrecht vorbehalten wird für den Fall, dass die im medicinischen Gutachten angedeutete Möglichkeit einer sympathischen Erkrankung des unverletzten Auges eintreten und dadurch weitere Schädigung seiner Erwerbsfähigkeit verursacht werden sollte.

Die Zinsforderung ist an sich nicht bestritten worden.

**17.** *Loi fédérale du 23 mars 1877 concernant le travail dans les fabriques. Un accident survenu dans une scierie, qui se rattache à l'exploitation d'une fonderie, tombe sous les dispositions de cette loi, alors même que la scierie appartenant à un tiers n'est pas rangée dans la catégorie des fabriques.*

**Fribourg.** Arrêt de la Cour d'appel du 23 octobre 1883 dans la cause Sormani c. Société suisse d'assurances contre les accidents à Winterthur.

Angelo Sormani est entré au service de la maison Roud et Cie, fonderie et ateliers de construction, à Fribourg, sous date du 1er janvier 1880, en qualité d'apprenti fondeur.

Le 23 septembre 1881, vers 8 heures du matin, il reçut l'ordre d'accompagner l'ouvrier charpentier Dedelley à la scierie de Pérolles, voisine de l'établissement de MM. Roud et Cie, pour y transporter une pièce de bois et la réduire en planches.

En sa qualité d'apprenti, Sormani devait rester à la disposition des ouvriers chargés du sciage et en particulier de l'ouvrier Dedelley, pour aider ceux-ci dans la manutention des planches.

Pendant la préparation d'un sciage, le jeune Sormani, qui se trouvait à proximité du cylindre employé, fut saisi à la main gauche par cet instrument et gravement blessé.

Ensuite de cet accident, Henri Sormani, agissant comme tuteur naturel de son fils mineur, actionna la société Roud et Cie au paiement d'une somme de fr. 3000, modération du juge réservée, ce à titre de dommages-intérêts;

Roud et Cie ayant conclu avec la Société suisse d'assurances contre les accidents un contrat d'assurance dénoncèrent le litige à la susdite société. Celle-ci déclara accepter la garantie déférée et conclut dès lors à libération de la demande de H. Sormani avec dépens.

Le 13 avril dernier, le Tribunal de l'arrondissement de la Sarine, procédant à un examen des lieux, en présence des parties et de divers témoins, entre autres de Noth, maître-scieur, attaché au service de la scierie, et Dedelley, ouvrier charpentier, au service de Roud et Cie, constata que l'accident avait eu lieu au moment où ces deux derniers étaient occupés à placer une planche sur l'établi du cylindre, pour la scier en lattes; à cet instant en effet, S. qui se trouvait le plus rapproché de l'instrument, s'étant penché sur l'épaule de D. pour observer le mesurage opéré par celui-ci, fut saisi par le cylindre qui continuait à marcher pendant ce travail préparatoire.

Il fut constaté également qu'à l'époque où l'accident est arrivé et depuis un certain temps déjà, la société Roud et Cie, ensuite d'un contrat tacite existant entre elle et la Société des Eaux et Forêts, propriétaire de la Scierie de Pérolles, faisait scier dans cette usine tous les bois nécessaires à ses ateliers et à ses constructions.

M. Castella, médecin, à Fribourg, ayant été chargé du traitement du jeune Sormani, ensuite de l'accident survenu, a déclaré: 1° que ce dernier, par suite des lésions reçues, sera privé complètement de l'usage de trois doigts de la main gauche; 2° que le 4e doigt ne pourra également presque plus être utilisé, de sorte que l'on peut considérer la victime de l'accident comme privée désormais à peu près complètement de l'usage de la main gauche; 3° que la blessure remportée avait nécessité un traitement de 6 semaines à l'hôpital et ensuite de 3 à 4 semaines à domicile.

Sormani possédait une bonne instruction, la connaissance de trois langues et les aptitudes nécessaires à sa future profession.

En confirmation du jugement de première instance, la cour a admis en principe la demande d'indemnité, tout en réduisant celle-ci au chiffre de deux mille francs.

Motifs: Considérant que la partie défenderesse n'est point fondée à contester l'applicabilité de la loi fédérale du 23 mars 1877 au cas spécial pour se baser uniquement sur le contrat passé entre Roud et Cie et la Société d'assurances de Winterthour, attendu que ce contrat ne liant que ces deux derniers n'oblige point l'acteur, puisque celui-ci n'y a pris aucune part; en outre l'évocation en garantie, acceptée librement par dite Société d'assurances, ne saurait non plus avoir pour effet de modifier la situation juridique des parties, soit de changer la nature de l'action du demandeur, en la plaçant sur le terrain du contrat d'assurance, plutôt que sur celui de la loi fédérale, que celui-ci entend invoquer;

Qu'étant ainsi admis que la loi fédérale du 23 mars 1877 peut seule être appliquée au cas particulier, il importe d'en interpréter les dispositions qui s'y rapportent;

Que l'art. 1er, énonçant ce qu'il faut entendre par le mot „fabrique" ne doit point être interprété isolément, mais plutôt être mis en corrélation avec les dispositions de l'art. 5;

Qu'en édictant les dispositions qui précèdent, le législateur fédéral a eu évidemment pour but de protéger l'ouvrier contre les conséquences pouvant résulter, soit du genre de travail auquel il est astreint, soit de l'emploi des machines

ou instruments dont l'action est souvent dangereuse, et de faire peser sur les propriétaires des fabriques la responsabilité des dommages que pourrait subir de ce fait l'ouvrier;

Que l'on doit admettre que le genre de travail exécuté par Sormani à l'époque de l'accident se rattachait à l'exploitation de la fonderie, et que l'accident dont il a été victime est le *résultat direct de dite exploitation;* en effet, Sormani agissait ici sur l'ordre de ses chefs, par conséquent sous leur responsabilité; en vain objectera-t-on que la scierie n'est point une fabrique et que les travaux auxquels on s'y livrait n'étaient point exécutés dans le local fermé de la fabrique Roud et Cie, attendu que l'on ne saurait entendre, par ces mots *„local fermé"* l'établissement, le bâtiment seul, où s'opèrent des travaux de fontes, mais aussi les cours et dépendances, en un mot, tous les locaux dans lesquels a lieu l'exploitation de la fabrique;

Qu'il y a donc lieu, en interprétant les dispositions des art. 1er et 5 précités, d'admettre que le travail exécuté par le jeune Sormani, sur l'ordre de ses chefs, et pendant lequel est survenu l'accident en question, constituait sans aucun doute un travail inhérent à l'exploitation de la fabrique; que dès lors, et en vertu des mêmes articles, les fabricants, soit la Compagnie évoquée, sont responsables envers la victime des conséquences de l'accident; ce d'autant plus qu'il n'a pas été prouvé que cet accident fût le résultat de la force majeure, ni qu'il eût été occasionné par une faute du lésé.

La défenderesse a porté la cause devant le Tribunal fédéral. Mais celui-ci s'est déclaré incompétent, l'objet du litige n'atteignant plus 3000 francs. (Cf. Rec. Off. VIII, 777.)

---

**18.** *Loi fédérale du 23 mars 1877 concernant le travail dans les fabriques. La définition du mot „fabrique" donnée par l'art. 1er est de droit étroit. La loi ne peut être invoquée par un ouvrier travaillant accidentellement dans un établissement industriel. Une cour ne rentre pas dans l'expression „local fermé" de l'art. 1er de la loi.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 13 juin 1883 dans la cause Mosca c. Pachon.

En fait: Pachon est marchand de vins, il a embauché Mosca pour faire avec deux autres ouvriers des travaux de réparation au mur de sa cave. Pendant ces travaux Mosca fut prié par le contre-maître de Pachon de venir aider les ouvriers tonnliers à retourner un tonneau. Au cours de cette

opération le tonneau tombe sur Mosca et lui fracture les deux jambes. Mosca assigne Pachon au dommages-intérêts en se basant sur la loi fédérale du 23 mars 1877. Le tribunal le déboute de sa demande par les considérants suivants:

Attendu que le demandeur a invoqué la loi fédérale du 23 mars 1877 concernant le travail dans les fabriques;

Attendu que le défendeur n'exploite pas une fabrique, telle qu'elle est définie par l'art. 1er de la dite loi; que fût-il même fabricant de vin fait avec des raisins secs, cette qualification ne placerait pas son établissement dans la catégorie des fabriques définies par l'art. 1er de la susdite loi;

Qu'elle n'est, en effet, applicable qu'aux ouvriers occupés en un nombre plus ou moins considérable, mais simultanément et régulièrement dans un local fermé;

Attendu que le demandeur n'était occupé qu'accidentellement pour un travail déterminé, ne rentrant pas dans la nature du travail de la profession du défendeur;

Attendu qu'on ne peut assimiler la cour où l'accident est arrivé à un local fermé;

Attendu que le demandeur, ne pouvant se prévaloir de cette loi qui dispense l'ouvrier de rapporter la preuve que l'accident est arrivé par la cause du patron, se trouve placé sous l'empire du droit commun qui met à la charge de la victime la preuve que l'accident est arrivé par la faute de celui auquel elle demande la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé (C. Civ. 1382);

Attendu que le défendeur ne rapporte pas cette preuve .... p. c. m. déboute.

---

**19.** *Haftpflicht der Eisenbahnen. Auslegung der Worte „beim Betriebe" in Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 3. November 1882 i. S. Junker c. Jura-Bern-Luzern-Bahn.

Motive: Zwischen den Parteien waltet in rechtlicher Beziehung Streit darüber, ob der Unfall als „beim Betriebe" im Sinne des Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschifffahrtsunternehmungen erfolgt zu betrachten sei. — Der Anwalt der Beklagten hat in seinem heutigen Vortrage unter Berufung auf die Rechtsprechung der deutschen Reichsgerichte den Satz als ein Axiom hingestellt, dass nur solche Unfälle unter den

Art. 2 des Bundesgesetzes fallen, welche in ursächlichem Zusammenhange mit der dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen Gefahr stehen. Da nun der vorliegende Unfall beim Drehen einer stillstehenden Locomotive und bei einer Verrichtung sich ereignet habe, welche bei jeder Lastenbewegung auch ausserhalb des Bahnbetriebes vorkommen und gleiche Unfälle herbeiführen könne, so liege nicht eine diesem Betriebe eigenthümliche Gefahr als Ursache vor.

Dieser Auffassung kann aber nicht beigepflichtet werden. Was vorerst die hervorgehobene Interpretation der fraglichen Haftpflichtbestimmung betrifft, so ist dieselbe keineswegs so unbestritten, wie Beklagter es behauptet; es sind vielmehr dagegen sehr gewichtige Bedenken erhoben und begründet worden (Dernberg, Preuss. P. R. II, 3. Auflage, S. 872, Anmerkung 9; Mandry civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, 1. Auflage, S. 359, Anmerkung 5). Auch die Praxis der deutschen Reichsgerichte selbst hat dieselbe nicht als starre und unabänderliche Regel betrachtet, sondern nur mit gewissen Einschränkungen durchgeführt. So haben das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. Band 21, S. 10) und das Reichsgericht (Band 3, S. 21) angenommen, dass es auch genüge, wenn sich der unmittelbare oder mittelbare Zusammenhang mit den eigenthümlichen Gefahren des Bahnbetriebs auch nur als möglich darstelle. In dem citirten Entscheide des Reichsoberhandelsgerichts wird die ratio legis dieser Gesetzesbestimmung in folgender Weise dargelegt: „dass bei richtiger Auslegung des Reichshaftpflichtgesetzes ein Unfall dann als beim Betriebe der Eisenbahnen eingetreten anzusehen ist, wenn er bei der Vorbereitung, der Durchführung oder dem Abschlusse des Betriebes sich ereignet hat und nach den Umständen mindestens ein mittelbarer Zusammenhang desselben mit der dem Eisenbahnbetriebe eigenthümlichen besondern Gefährlichkeit sich als möglich darstellt."

„Dass es dagegen eine dem Wortlaute und Sinne des Gesetzes widerstreitende Einschränkung desselben wäre und die Eisenbahnverwaltungen von dem ihnen obliegenden Beweise der höhern Gewalt oder des Verschuldens des Verletzten befreite, wenn neben der Feststellung, dass eine Verletzung in dem angegebenen Sinne beim Betriebe entstanden, noch die weitere gefordert würde, auf welche bestimmte, mit dem Betriebe verbundene Gefahr der einzelne Unfall in höherm oder geringerm Maasse zurückzuführen sei."

In Anwendung dieser Rechtsanschauung hat das Reichsoberhandelsgericht nicht Anstand genommen, die Haftpflicht

für einen Unfall auszusprechen, welcher sich beim Wenden einer Locomotive auf der Drehscheibe zutrug. Die daherigen, auch für den vorliegenden Fall zutreffenden Entscheidungsgründe lauten:

„Zum Betriebe einer Eisenbahn im Sinne des § 1, cit. gehört nicht blos die Beförderung von Personen und Gütern auf der Bahn, sondern auch alles dasjenige, was sich unmittelbar hieran anschliesst, insbesondere auch die vorbereitende Handlung des Rangirens der Züge (vergl. Bd. 19, S. 101); hieraus folgt, dass wenn zum Zwecke des Rangirens eine Locomotive auf der Drehscheibe gewendet wird, auch diese Verrichtung zum Betriebe einer Eisenbahn gehört. Die Wendung auf der Drehscheibe bildet sogar bei Kopfstationen und meist für Rangirzwecke einen nothwendigen Bestandtheil des Eisenbahnbetriebs. Auch ist unter der bezeichneten Voraussetzung mit ihr eine dem Eisenbahnbetriebe eigenthümliche Gefahr immer, namentlich insofern verbunden, als der Eisenbahnbetrieb es erheischt, dass sie mit besonderer Raschheit und Pünktlichkeit ausgeführt werden muss und als eine grosse, verhältnissmässig unwiderstehliche Kraft in Bewegung gesetzt wird."

Das schweizerische Bundesgericht hat bis jetzt die Worte „beim Betriebe" in Art. 2 des Haftpflichtgesetzes blos in anderer als der hier in Betracht fallenden Richtung auszulegen gehabt und es kann desshalb eine Berufung auf dasselbe nicht stattfinden (vergl. Entscheidgn. Bd. VIII, S. 94).

Unter Zugrundelegung der vorstehenden Gesichtspunkte kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, dass der Unfall des Junker als beim Betriebe der Jura-Bern-Luzern-Bahn eingetreten zu betrachten und der Kläger demnach berechtigt ist, die Haftpflicht der Bahngesellschaft in Anspruch zu nehmen — Dem Einwand der Beklagten, dass Verrichtungen, wie diejenige, bei welcher der Unfall eintrat, auch ausserhalb des Bahnbetriebs vorkommen und Unfälle hervorbringen können, somit keine dem Bahnbetrieb eigenthümliche Gefahr vorgelegen habe, kann übrigens schon aus dem Grunde kein Gewicht beigelegt werden, weil die fragliche Verrichtung nicht als isolirte, sondern in ihrem ganzen Zusammenhange mit den übrigen Verrichtungen des Verletzten und dem Bahnbetriebe zu würdigen ist.

In dieser Beziehung ergibt sich thatsächlich Folgendes: Der Bahnzug, dessen Durchführung den Anlass zur Verletzung bildete, hatte auf der Station Convers eine Haltezeit von 10 Minuten. Während dieses Zeitraumes hatte der Kläger folgende Verrichtungen zu besorgen: Er musste dem vom Tunnel

du Mont Sagne herkommenden und in den Tunnel des loges einmündenden Zuge die Weiche stellen, das Signal zum Halten ertheilen, die Einfahrt der Wagen des Zuges auf's Geleise I und diejenige der Locomotive auf's Geleise II leiten, sodann der letztern auf eine nicht unbedeutende Entfernung bis zur Drehscheibe folgen, vermuthlich aufspringend, mitfahrend und bei der letztern abspringend. Dort angekommen, musste er mittelst eines Hebels den untern Riegel der Drehbrücke frei machen und sodann auch die Schliessklappe oder den Fallriegel öffnen. Er hatte hierauf dem Zugspersonal das Commando zum Schieben zu ertheilen und die drehende Bewegung der Brücke durch volle Kraftanstrengung am emporstehenden Hebel des untern Riegels zu unterstützen. Dass beim Zusammendrängen so mannigfaltiger Verrichtungen auf den kurzen Zeitraum weniger Minuten für einen gewöhnlichen Angestellten nothwendig eine andere Situation entstehen musste und damit eine grössere Hast und Aufregung verbunden war, als bei der Vornahme ähnlicher Verrichtungen in andern Betrieben, z. B. beim Wenden einer Locomotive in der Locomotivfabrik oder Reparaturwerkstätte, ist wohl nicht zu bestreiten. Aus der Kürze der Zeit zur Vornahme aller Manipulationen folgt auch, dass nicht auf jeden kleinen Umstand vorsichtig geachtet und nicht der Zustand jedes einzelnen Theiles der dazu dienenden Maschinen, z. B. die Lage des Verstellers am Hebel, dessen Zuklappen den Unfall herbeiführte, so genau untersucht werden konnte, wie es in andern Betrieben möglich ist. Was sodann die Angabe betrifft, dass die Zeit zur Vornahme der erwähnten Verrichtungen genügt habe, so kann dieselbe nur im Verhältniss zu den übrigen Zeiträumen im Eisenbahnbetriebe als richtig angesehen werden, während sie, worauf es hier ankommt, für sonstige Verhältnisse nicht zutrifft. Endlich ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Kläger im Zeitpunkte der fraglichen Verrichtungen mit geringen Unterbrechungen während 13 Stunden am gleichen Tage in anstrengendem Dienste gestanden hatte. Alle erörterten Umstände zusammengefasst, lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, dass der Unfall Junker's auf die Eigenthümlichkeiten und besondern Gefahren des Eisenbahnbetriebs als Ursache zurückzuführen und die Haftpflicht für denselben durchaus begründet ist.

In Bezug auf die Frage, welcher Art die Verletzung gewesen und welches deren Folgen sind und für die Zukunft sein werden, kommt Professor Emmert in seinem Gutachten zu dem Schlusse, dass die bei Junker vorhandenen Infirmi-

täten als bleibende nachtheilige Folgen des erlittenen Unfalls zu betrachten seien und für jetzt und die Zukunft dessen Arbeitsfähigkeit in einem Maasse beschränken, dass Junker zu jeder mit körperlicher Anstrengung verbundenen Arbeit unfähig sei. Dieser Ansicht stimmen die erst- und zweitinstanzlichen gerichtlichen Experten rückhaltlos bei. Junker kann daher weder den Eisenbahndienst wieder aufnehmen, noch auf sein früheres Gewerbe eines Zimmermanns zurückkehren. Zieht man ferner dessen niedrige Bildungsstufe und seine ausschliessliche Gewöhnung an schwere körperliche Arbeit in Erwägung, so ergibt sich namentlich auch mit Rücksicht auf sein schon vorgerücktes Alter wenig Aussicht, dass er durch Erlernung einer anstrengungslosen Hausindustrie oder dergl. eine neue Quelle des Verdienstes finden könne, und ist demgemäss für Junker die eingetretene Beschränkung der Arbeitsfähigkeit in dem Grade, wie sie vorliegt, mit totaler Erwerbsunfähigkeit auf gleiche Linie zu stellen.

Aus diesen Gründen erscheint bezüglich der Art der zu leistenden Entschädigung eine Rente nicht als das passende, indem es sich nicht blos um verminderte Erwerbsfähigkeit handelt, sondern um Ersatz der soviel als ganz weggefallenen einzigen Möglichkeit des Erwerbs durch Hände-Arbeit. Es liegt zudem eine innere Verletzung vor, deren Einfluss auf die Lebensdauer des Verletzten nicht bestimmt abzusehen ist, während vor dem Unfall die Constitution des Klägers mit grosser Wahrscheinlichkeit auf eine längere Lebensdauer schliessen liess. Es rechtfertigt sich also hier die Zuerkennung einer fixen Aversalsumme. Zudem liegt auch kein Grund vor, in casu von der bisher geübten Praxis, wie sie vom Bundesgericht bestätigt worden (cfr. Judicate Husy ca. J.-B.-L.-B. vom 5. Mai 1881 und Riss ca. Unfallversicherungsaktiengesellschaft Winterthur resp. J.-B.-L.-B. vom 10. März 1881) abzuweichen, indem hier die Beschränkung der Arbeitsfähigkeit sich der totalen Arbeitsunfähigkeit weit mehr nähert, als in den genannten Fällen.

Was sodann die Ausmessung des Schadens anbelangt, so dient als hauptsächlicher und einziger Anhaltspunkt die Besoldung, welche Kläger zur Zeit des Unfalls bezog, welche Fr. 1320. — betrug, wozu noch freie Wohnung und theilweise Kleidung kam. Es ist danach und in freier Würdigung aller Umstände ein jährlicher Vermögensausfall von ca. Fr. 1000. — als in Betracht fallend anzunehmen, dem dann eine Aversalentschädigung von Fr. 10,000. — entspricht, die hier als angemessen erscheint und sich namentlich auch mit den mehrerwähnten Judicaten in Einklang stellt.

In einem Entschädigungsverzeichnisse beansprucht der Kläger dann ferner noch den Ersatz der Verpflegungskosten bis zur Klagsanlegung im Betrage von Fr. 770. 65, sowie der Arzt- und Apothekerkosten mit Fr. 198. 95 und der Kosten der ärztlichen Untersuchung durch Professor Emmert mit Fr. 100.

Dem letztern Posten wird, als zur Klagvorkehr nothwendige Auslage, passender bei der Kostenbestimmung Rechnung zu tragen sein. Bezüglich der andern Ansätze ist nun vorerst zu constatiren, dass das Haftpflichtgesetz blos den Ersatz von „Heilungskosten" vorsieht. Bringt man als solche auch die besondern Krankenpflegekosten in Rechnung und zieht man die lange Dauer des Krankheits- und Reconvalescenzzustandes des Junker in Betracht, so erscheint die Festsetzung einer Summe von Fr. 600. — für Heilungskosten den Umständen angemessen.

---

**20.** *Responsabilité des chemins de fer. Loi fédérale du 1er juillet 1875. Faute de la victime. Le règlement pour le service des aiguilleurs de la Compagnie des chemins des fer S.-O.-S. impose à ces employés l'obligation de maintenir le levier de l'aiguille pendant tout le passage du train. Dès lors, si à ce moment un aiguilleur est atteint et tué sur la voie par la locomotive, il y a lieu d'admettre, à moins que des circonstances exceptionnelles ne soient établies, que l'accident est dû à la propre faute de la victime et que ses héritiers n'ont pas droit à l'indemnité prévue par la loi fédérale du 1er juillet 1875.*

**Vaud.** Arrêt du tribunal cantonal du 14 avril 1883 dans la cause Veuve et enfants Pache c. Compagnie Suisse-Occidentale-Simplon.

Le 27 mars 1882, au passage du dernier train venant de Vevey, Ch.-J. Pache, alors aiguilleur à la gare de Cully, a été atteint par la locomotive près de l'aiguille qu'il était chargé de manœuvrer, et a été relevé mort.

Fondés sur la loi fédérale du 1er juillet 1875, sa veuve et ses enfants mineurs ont réclamé à la Compagnie S.-O.-S. une indemnité de 8000 fr., ou une rente viagère de 800 fr.

La Compagnie défenderesse a conclu à libération en alléguant que l'accident qui a coûté la vie à Pache serait dû à sa propre faute.

Par jugement du 13 mars 1883 le Tribunal civil du District de Lausanne a alloué aux demandeurs une rente totale de 600 fr.; mais le Tribunal cantonal, auquel il y a eu recours,

a réformé ce jugement et admis les conclusions libératoires de la Compagnie.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875 sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et bateaux à vapeur, dont l'application est requise, dans l'espèce, par l'hoirie Pache, toute entreprise de chemins de fer ou de bateaux à vapeur est responsable pour le dommage résultant des accidents survenus dans l'exploitation et qui ont entrâmé mort d'homme ou lésions corporelles, à moins que l'entreprise ne prouve que l'accident est dû, soit à la force majeure, soit à la négligence ou à la faute des voyageurs ou d'autres personnes non employées pour le transport (art. 3), sans qu'il y ait eu faute imputable à l'entreprise, ou enfin que l'accident a été causé par la faute de celui-là même qui a été blessé ou tué.

Considérant que cet article de loi, qui établit une présomption de responsabilité à la charge des Compagnies de chemins de fer et de bateaux à vapeur, exonère toutefois ces Compagnies de cette responsabilité, lorsqu'elles établissent que l'accident est dû à la force majeure, à la négligence ou à la faute des voyageurs, ou bien qu'il a été causé par la faute de celui-là même qui en a été la victime.

Considérant que, dans l'espèce, on ne se trouve en présence ni de la force majeure, ni d'une négligence ou faute des voyageurs; qu'il faut, dès lors, rechercher si l'accident arrivé à Pache a été causé par sa propre faute et établir que la faute, si elle existe, a été la cause déterminante de la mort.

Considérant, à ce sujet, que l'art. 7 du règlement pour le service des aiguilleurs statue qu'à l'arrivée de chaque train dans une gare, l'aiguilleur devra être à son poste, à l'aiguille d'entrée de la voie principale, et maintiendra le levier de l'aiguille pendant tout le passage du train.

Considérant que Pache n'a pas maintenu le levier de l'aiguille pendant le passage du train, puisqu'il a été atteint par la locomotive, et qu'il a, dès lors, contrevenu aux dispositions de l'art. 7 ci-dessus.

Considérant que la non-observation du règlement constitue une faute à la charge de Pache, dont il doit être rendu responsable, à moins qu'il ne fournisse la preuve que les circonstances l'autorisaient à ne pas se trouver à son poste lors du passage du train.

Considérant que cette preuve n'a pas été faite.

Considérant que la faute commise par Pache a bien été la cause déterminante de sa mort puisque, s'il avait tenu le

levier de l'aiguille, il n'aurait nullement été atteint par la locomotive.

Considérant que les arguments invoqués dans le jugement dont est recours contre la Compagnie S.-O.-S. ne sauraient avoir la portée que les premiers juges leur ont attribuée pour déclarer la dite Compagnie responsable de la mort de Pache.

Attendu, en effet, que la circonstance qu'au jour de l'accident la guérite était placée du côté de la voie opposé à l'aiguille n'a pas de valeur, aucune prescription réglementaire n'interdisant cette disposition des lieux.

Qu'il en est de même du fait de l'augmentation du trafic survenue à la gare de Cully, fait qui peut atténuer dans une certaine mesure la faute de Pache, mais qui ne saurait la faire disparaître au point d'en rendre responsable la Compagnie.

Que si Pache était un homme de bonne conduite et remplissait consciencieusement ses devoirs, il n'en reste pas moins établi qu'il est mort victime de sa propre faute.

Que c'est, dès lors, à tort que le Tribunal de jugement a repoussé les conclusions libératoires de la Compagnie, et admis les conclusions en dommages-intérêts des hoirs Pache.

Il n'y a pas eu recours au Tribunal fédéral.

---

**21.** *Ersatzpflicht der Eidgenossenschaft für Schaden, welcher bei Anlass militärischer Einquartirung durch Brand entstanden ist. § 227, Al. 1, des Reglements für die eidgenössische Kriegsverwaltung vom 14. August 1845.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 17. November 1882 i. S. Gnehm-Billo c. Bund.

Motive. In der Hauptsache klagt Gnehm-Billo auf Ersatz des Schadens, der ihm in Folge eines bei Anlass militärischer Einquartirung entstandenen Brandes verursacht worden ist. In thatsächlicher Beziehung gehen die Parteien einig, dass der Stall des Klägers beim Ausbruch des Brandes von Truppen, welche sich im eidgen. Dienste befanden, theilweise occupirt war und eine Stallwache sich dort befand; ferner, dass von letzterer Licht verlangt und solches auch geliefert worden war. Auch darüber besteht kein Streit, dass die unmittelbare Ursache des Brandes in dem Umstande zu suchen ist, dass in Folge Schmelzens der Löthung der untere Theil der Laterne sich vom Deckel löste, mit sammt der brennenden Kerze in's

Stroh fiel und dieses entzündete. Wohl aber stehen sich die Ansichten über die übrigen Verumständungen diametral entgegen, so namentlich wer die Kerze in der Laterne befestigt und angezündet und wer letztere im Stall aufgehängt habe; ferner wer den Brand zuerst entdeckt, ob die schlechte Construktion der Lampe Ursache am Schmelzen der Löthung sei oder aber die zu lang eingesteckte Kerze u. s. w. Die Beweisführung hat nicht zur Aufklärung des Sachverhaltes gedient, indem sich auch die Zeugenaussagen vielfach widersprechen.

Seine Klage stützt Gnehm-Billo auf § 227 al. 1 des Reglements für die eidgen. Kriegsverwaltung vom 14. August 1845, wonach „die eidgen. Kriegskasse den Schaden vergütet, der durch Kriegsanstalten, Uebungslager u. dgl. an öffentlichem oder Privateigenthum verursacht wird.“ Es frägt sich nun, welche Bedeutung dieser Bestimmung beizumessen ist, ob dabei ein direkter Causalzusammenhang zwischen militärischen Anordnungen und dem entstandenen Schaden vorhanden sein muss, oder auch eine blos zufällige Veranlassung des Schadens genügt, d. h. ob die Eidgenossenschaft für allen den Schaden haften soll, der nicht entstanden wäre, wenn überhaupt keine militärischen Anordnungen erfolgt wären. Die letztere Auffassung würde aber zu weit gehen und muss vielmehr angenommen werden, dass ein gewisser direkter Causalzusammenhang, wenn auch nicht ein eigentliches Verschulden, denn doch vorliegen muss, um die Haftbarkeit zu begründen. Es ist aber in casu zu untersuchen, ob ein solcher vorhanden war oder nicht, indem der Brand dem casus oder sogar der eigenen Nachlässigkeit des Klägers zugeschrieben werden muss.

Der Beweis, dass der Brand durch casus entstanden, hier z. B. in Folge schlechter Construktion der Laterne, wäre der Beklagten obgelegen, ist aber von ihr nicht erbracht worden (Erwägungen sub 3). Auch eigenes Verschulden des Klägers resp. seiner Angestellten ist nicht anzunehmen, indem nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden konnte, dass der Knecht Gustav Gnehm die Lampe angezündet und aufgehängt hat und es zudem fraglich erscheint, ob aus diesem Umstande, wenn nachgewiesen, ein derartiger Schluss gerechtfertigt wäre. Nach den Akten ergibt sich nämlich folgendes:

Wenn auch dem Eigenthümer des Stalles die Pflicht zu Beschaffung des Lichtes oblag, so war es jedenfalls Sache der Truppen, welche den Stall für Militärpferde in Beschlag genommen und darin eine Stallwache aufgestellt hatten, das

Licht zu besorgen und zu hüten und ist auch aus diesem Grunde die Frage, wer das Licht angezündet und aufgehängt, ohne grossen Belang. Bei Besorgung und Hütung des Lichtes hat es nun offenbar die betreffende Stallwache an der nöthigen Aufmerksamkeit fehlen lassen. Wenn es schon als höchst unvorsichtig bezeichnet werden muss, dass der Stallwächter die Laterne über Stroh aufhängte oder durch den Stallknecht aufhängen liess, so hätte er sich unter solchen Umständen jedenfalls des öftern vom Zustande der Laterne genau überzeugen sollen, wobei ihm dann die drohende Gefahr nicht hätte entgehen können. Diese Umstände zusammengefasst, rechtfertigen hinlänglich den Schluss, dass die Entstehung des Brandes auf ungenügende Besorgung des auf ausdrückliches Verlangen der Soldaten, oder von ihnen selbst, im Stalle aufgehängten Lichtes zurückzuführen ist, wenn gleich dem Kläger der Nachweis keineswegs gelang, dass sich der Stallwächter Osterwalder auch direkter Pflichtvernachlässigung, z. B. durch längere unbefugte Abwesenheit aus der seiner Hut anvertrauten Stallung schuldig gemacht habe, oder die Soldaten im allgemeinen unvorsichtig und nachlässig gewesen wären. Es ist somit der zur Annahme der Haftbarkeit der Eidgenossenschaft im Sinne des § 227 des obenerwähnten Reglements erforderliche Causalzusammenhang hier als vorhanden zu betrachten.

Der Kläger beruft sich im weitern darauf, die Beklagte habe durch ihre Vertreter die Schadensersatzpflicht im vorliegenden Falle wiederholt anerkannt. Eine derartige Anerkennung kann aber weder in der Ueberführung des Pferdes in den Thierspital Zürich und freiwilliger Verpflegung daselbst, noch in dem ertheilten Rath oder der Weisung, ein anderes Pferd anzuschaffen erblickt werden; beides geschah, um grössern Schaden für den Fall zu verhüten, dass später die Eidgenossenschaft verantwortlich erklärt würde, ohne dass die Pflicht hiezu anerkannt worden wäre. Auch die Vergütung des Schadens an Stallutensilien erfolgte aus freien Stücken aus der sogen. Ordinärikasse der Soldaten und nicht aus Geldern der Beklagten, zudem unter ausdrücklicher Verwahrung gegen die Deutung, dass damit eine Schuldpflicht anerkannt würde. Ferner ist auch keineswegs nachgewiesen, dass Oberpferdearzt Zangger in positiver Weise Entschädigung zugesichert habe, vielmehr liess er die Frage der Ersatzpflicht offen und sprach sich in seinem Schreiben vom 7. Juli blos über den Modus allfälliger Entschädigungsberechnung aus.

Gesetzt aber auch den Fall, es läge in den vom Kläger geltend gemachten Umständen wirklich eine Anerkennung der Ersatzpflicht, so wäre dieselbe jedenfalls für die Beklagte unverbindlich, da es gar nicht in der Competenz der fraglichen Beamten oder Offiziere lag, in verbindlicher Weise eine solche Schadensersatzpflicht anzuerkennen.

Was schliesslich den durch fraglichen Brand dem Kläger entstandenen Schaden anbetrifft, so ist nicht bestritten, dass das Pferd des Klägers in Folge der erlittenen Brandwunden umstand. Dessen Preis und wirklicher Werth ist mit Fr. 750 nach den Zeugenaussagen als richtig angegeben zu betrachten. Ebenso ist der Ansatz von Fr. 171 für entzogenen Gebrauch während der Kur des Pferdes und daherigen Schaden nicht zu hoch gegriffen. Hingegen erscheint es passender, die Entschädigung, welche der Kläger für Reisen und Zeitversäumnisse in Folge dieser Angelegenheit vor Anhebung des Prozesses verlangt, bei der Kostenbestimmung angemessen zu berücksichtigen, statt hier einzurechnen und ist demgemäss die Entschädigungssumme auf Fr. 921 festzusetzen, zinstragend vom Tage der Klagerhebung an.

---

NB. Der Bundesrath hatte vor der Einlassung auf die Klage des Gnehm-Billo die Zuständigkeit der Gerichte bestritten und die Competenz zur Entscheidung dieses Rechtsstreites der Bundesadministration vindicirt. Er wurde jedoch mit seiner Einrede durch Erkenntniss des bern. Appellations- und Kassationshofes vom 19. Februar 1881 abgewiesen (s. Ztschr. des bern. Juristenvereins Bd. XVII, S. 490).

---

**22.** *Art. 49 der Bundesverfassung. Abweisung der Klage einer katholischen Kirchgemeinde gegen eine israelitische Corporation auf Bezahlung einer althergebrachten periodischen Beisteuer zu Cultuszwecken (sogen. „Judengeld“).*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichtes vom 28. Februar 1883 i. S. Kirchgemeinde Lengnau c. israelitische Ortsgemeinde Neu-Lengnau.

Schon seit unvordenklicher Zeit hat die Judenschaft von Lengnau, d. h. die Corporation Neu-Lengnau an den jeweiligen Inhaber der katholischen Pfarrpfründe Lengnau alle zwei Jahre, je im ungeraden Jahrgang, einen Betrag von 7 Gulden und 10 Kreuzer oder Fr. 16. 57 bezahlt. Ueber die ursprüngliche Begründung dieses Rechtsverhältnisses fehlen positive Anhalts-

punkte; daherige Urkunden liegen nicht vor und nach Ansicht der Kläger soll der Beweis des Bestandes von Recht und Pflicht in der lange andauernden unbeanstandeten Leistung von Seite des verpflichtenden Theils enthalten sein. Immerhin ist von diesem Verhältniss Erwähnung gethan:

a) In einem amtlichen Bericht vom Jahr 1798 vom damaligen Pfarrer von Lengnau über die Besoldungsverhältnisse dortiger Pfründe, worin es heisst: „Von den Juden alle zwei Jahre 7 Gulden 10 Kreuzer."

b) In einem Bericht des Pfarrers Amstalden von Lengnau vom Jahr 1841 an die Regierung mit der „Angabe all jener fixen Gebühren und Taxen, welche ein jeweiliger Pfarrer in Lengnau bei Beerdigungen, Hochzeiten, Aussegnungen der Kindbetterinnen, für Tauf- und andere Pfarrscheine, für Communionszeddel bisanher bezogen hat" — worin es am Ende heisst: „Judengeld oder propter jura stolae, alle zwei Jahr hat der Seckelmeister der Judenschaft laut Pfarrbuch an einen jeweiligen Pfarrer zu bezahlen 7 Gulden 10 Kreuzer."

c und d) In zwei Abkurungsrechnungen von den Jahren 1856 und 1875, in welchen beiden als Beitrag an die Besoldung des Pfarrers von Lengnau aufgeführt ist: „von der Judenschaft alle zwei ungeraden Jahre Fr. 16. 75."

Im Jahr 1876 richtete die Vorsteherschaft der israelitischen Gemeinde Lengnau ein Gesuch an den Regierungsrath um Befreiung von dieser, ihrer Ansicht nach unrechtmässigen Leistung an die Pfarrbesoldung von Lengnau, wurde aber damit abgewiesen; sie bezahlte dann den Beitrag fort bis zum Jahr 1879. Für dieses Jahr verweigerte sie jedoch die Bezahlung, schlug auf erfolgte Betreibung Recht dar, wesshalb die Pfarrgemeinde Lengnau gegen die Corporation der Israeliten eine Civilklage angehoben mit dem Begehren: die Beklagte sei schuldig zu erklären:

1) anzuerkennen, dass sie an die Pfarrpfründe Lengnau, resp. an den jeweiligen Inhaber derselben alle zwei Jahre, je im ungeraden Jahr, einen Betrag von Fr. 16. 57 zu bezahlen habe;

2) diesen Betrag mit Verzugszins seit der Betreibung pro 1879 zu entrichten.

Die Beklagte machte, auf die geschichtliche Entwicklung des Judenthums im Mittelalter hinweisend, geltend, dass der von der Klägerin geforderte Betrag nichts anderes als eine den Juden von der Kirche auferlegte Steuer sei, welche gegen-

über dem aargau. Gemeindesteuergesetz (§ 15) und der Bundesverfassung (Art. 49, lemma c) keinen rechtlichen Bestand mehr haben könne und schloss auf Abweisung des Klagbegehrens.

Das Bezirksgericht hat der Kirchgemeinde Lengnau das Klagbegehren zugesprochen und die israelitische Corporation verurtheilt, ihr die Fr. 16. 57, je im ungeraden Jahr, zu bezahlen und derselben die Kosten des Streites zu ersetzen.

Das Obergericht dagegen hat die Klage verworfen.

Motive. Die Klägerin weiss keinen ausdrücklichen civilen Entstehungsgrund für die eingeklagte Forderung anzugeben; sie sieht den Beweis des Bestandes von Recht und Verpflichtung in der lange andauernden, unbeanstandeten Leistung seitens des verpflichteten Theils. Damit ist aber die Klage nach der Auffassung des obern Richters noch nicht begründet. Die Rechtswissenschaft kennt allerdings Rechtsinstitute, bei welchem aus jährlichen oder andern periodischen Leistungen, die seit unvordenklicher Zeit unbeanstandet prästirt worden sind, auf den Bestand des daherigen Rechts geschlossen wird, so dass der Berechtigte, wenn sein Anspruch bestritten wird, zur Begründung desselben nichts weiter zu beweisen hat, als dass der Verpflichtete bisher ohne Widerspruch der Leistung nachgekommen ist. Solche Verhältnisse kommen z. B. bei den Reallasten vor, bezüglich welcher unvordenkliches Herkommen unzweifelhaft als ein Erwerbungsgrund zu betrachten ist. Hiebei handelt es sich aber überall um Leistungen, welche nicht persönlicher Natur sind, sondern mit einem Grundstück in Verbindung stehen. Auch das aargau. Recht kennt in einzelnen besondern Fällen das Herkommen als Verpflichtungsgrund zu gewissen Leistungen, z. B. das Strassenbaugesetz, §§ 15 und 16. Allein auch die hier aufgeführten Verbindlichkeiten hangen nicht rein an der Corporation oder der betreffenden Privatperson; sondern sie sind immer verbunden mit einzelnen Liegenschaften oder ganzen Gütercomplexen, welchen die bezüglichen Strassen einen direkten oder indirekten Vortheil gewähren. Hinsichtlich der von der Pfarrgemeinde Lengnau eingeklagten Leistung aber sind gar keine Anhaltspunkte vorhanden, aus welchen sich schliessen lässt, dass eine reale Last und ein derselben entsprechendes Recht in Frage sei, welches als ein dingliches durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnte. Zieht man vielmehr die von der Klägerin vorgelegten Urkunden zu Rath, so ergibt es sich mit völliger Klarheit, dass die klägerische Forde-

rung keinen privatrechtlichen Charakter hat, sondern eine Abgabe ist, wie sie der Staat und die Kirche im Mittelalter den Israeliten vielfach auferlegt hat.

In seinem Bericht an den Regierungsrath über die Einkünfte der Pfründe Lengnau bezeichnet Pfarrer Amstalden die eingeklagte Forderung als „Judengeld" und fügt erklärungsweise bei, der daherige Betrag werde bezahlt „propter jura stolae", und beruft er sich für seine Angabe über den bezüglichen Posten von 7 Gulden und 10 Kreuzer auf das Pfarrbuch, woraus zu schliessen ist, dass er dem letztern diese ganze Notiz entnommen hat. — Würde der Berichterstatter über die Pfrundeinkünfte nur den Ausdruck „Judengeld" ohne weitern Beisatz gebraucht haben, so könnte man denken, es handle sich um die Judensteuer, Judenzins, eine Abgabe, welche die Juden im Mittelalter als Schutzbefohlene des Kaisers in dessen Schatzkammer zu zahlen hatten und welche dann in der Folge wie andere Regalien an die Landesherrn und einzelne Städte und Personen verliehen wurden. Aus dem Zusatz: „propter jura stolae" ist aber sicher zu schliessen, dass es sich um eine kirchliche Abgabe handelt. Wenn nämlich auch das canonische Recht eine Leistung, welche als Bezahlung für geistliche Funktionen gelten soll, unter den Gesichtspunkt der Simonie stellte, so liess es doch freiwillige oblationes, (Gaben) zu, aus welchen später eine stehende Abgabe geworden, die unter dem Namen „jura stolae" für Taufen, Hochzeiten, Beerdigungen u. dgl. bezahlt wurde und einen wesentlichen Theil der Einnahmen der Geistlichen ausmachte (Richter, Kirchenrecht § 219). Wenn nun die von den Juden entrichteten 7 Gulden und 10 Kr. als „propter jura stolae bezahlt" bezeichnet werden und in dem von der Beklagten vorgelegten Quittungsbüchlein, welches sich seinem Inhalte nach auf die streitige Leistung bezieht, dafür der Ausdruck „pro juribus stolae" gebraucht wird, so ist mit Sicherheit anzunehmen, die Kirche von Lengnau habe der dort wohnenden Judenschaft als Aequivalent für die ihr entgehenden Stolgebühren die streitige Abgabe auferlegt, indem man nämlich von der streitigen Voraussetzung ausgieng: wenn die Israeliten nicht dort wohnten, so würden Christen die betreffenden Wohnsitze und Wohnhäuser innehaben und Stolgebühren entrichten. Diese Erklärung der streitigen Leistung und Zurückführung auf ihren eigentlichen Ursprung erscheint um so plausibler, als die von der Beklagten citirte Stelle und aus dem corpus jur. canon. (C. 18. X. V. 19) den Kirchen wirklich das Recht ertheilte, derartige Leistungen von den Israeliten zu verlangen;

denn wenn auch der Ausdruck Zehnten, decimae in dieser Stelle für die vorliegende Frage nichts beweist, weil Israeliten, die in den Besitz von zehntpflichtigen Grundstücken kamen, den Zehnten bezahlen oder jene veräussern mussten (C. 66. X. III.30), so bezieht sich der Ausdruck „oblationes" so recht eigentlich auf die freiwilligen Gaben, aus welchen später die sogen. Stolgebühren entstanden sind. Es ist daher leicht begreiflich, dass die Kirche von Lengnau von der ihr eingeräumten Befugniss Gebrauch gemacht und der jüdischen Corporation in ihrem Gemeindsbann am Platze der Stolgebühren, die ja von den Israeliten nicht bezogen werden konnten, weil für sie keine geistlichen Handlungen zu verrichten waren, eine besondere Aufgabe auferlegt hat.

Es kann aber auch nicht als auffällig erscheinen, dass die an die Stelle der frühern israelitischen Corporation getretene Gemeinde Neu-Lengnau sich weigert, diese Abgabe zu bezahlen und die daherige Weigerung ist berechtigt und zwar aus doppeltem Grunde. Einmal sind die Stolgebühren durch Regierungsverordnung vom 5. Dezember 1874 abgeschafft und ist den katholischen Geistlichen bei Strafe des Rückersatzes der Bezug solcher untersagt; folgerichtig ist auch das am Platze und als Aequivalent der Stolgebühren von der Beklagten geleistete sog. Judengeld als ungesetzlich dahin gefallen. Sodann aber erscheint die streitige Abgabe ihrem historischen Ursprung nach als eine Beisteuer der israelitischen Corporation von Neu-Lengnau an die katholische Kirche zu Lengnau und zwar als eine Beisteuer zu eigentlichen Cultuszwecken, welche mit Art. 49, lemma c der Bundesverfassung im Widerspruch sich befindet.

---

**23.** *Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Art. 15 et suiv., 19. Instance au fond en France. Saisie-arrêt en Suisse au domicile du tiers saisi.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 19 août 1882 dans la cause Baretta & Cie c. Mercier, Moch & Bloch.

Baretta & Cie sont une maison suisse et Mercier est français. Baretta & Cie sont domiciliés à Genève, Mercier est domicilié en France, et les tiers saisis Moch et Bloch sont domiciliés à Genève. L'instance au fond entre Baretta & Cie. et Mercier leur débiteur a été introduite et se démène par devant le Tribunal du domicile de Mercier, c'est-à-dire le

Tribunal de Thonon (France). L'instance en saisie-arrêt a été introduite à Genève parcequ'elle est destinée à faire recevoir par le Tribunal la déclaration du tiers saisi et à lui faire ordonner d'avoir à se vider les mains en celles du saisissant; or, le tiers saisi étant domicilié à Genève, ne pouvait être assigné qu'à Genève pour faire sa déclaration.

Le Tribunal a maintenu la saisie-arrêt à titre de mesure conservatoire pour être, s'il y a lieu, validée sur le vu d'un jugement rendu au fond par le Tribunal compétent et rendu exécutoire conformément au traité.

Motifs: Considérant que la saisie-arrêt ne constitue pas autre chose qu'une mesure d'exécution prévue et réglée par la loi genevoise sur la procédure civile;

Considérant que la saisie d'une créance en mains d'un tiers nécessite une déclaration de la part de ce tiers; que, d'autre part, le tiers ne sera valablement libéré vis-à-vis de son propre créancier que lorsqu'une ordonnance de justice lui aura enjoint de payer en telles ou telles mains;

Considérant que c'est uniquement en vue de la déclaration judiciaire du tiers saisi et de l'ordonnance qui le concerne, que la loi genevoise oblige le poursuivant à citer les parties devant le Tribunal du domicile du tiers saisi; que le rôle de ce tribunal consiste à recevoir la déclaration du tiers, et ensuite, sur le vu seulement d'un jugement rendu au fond entre le saisissant et le saisi, par le Tribunal compétent, à valider la saisie et à ordonner au tiers de payer à qui de droit;

Considérant qu'une saisie-arrêt provisionnelle procède exactement comme une saisie-arrêt faite en vertu d'un titre exécutoire et qu'elle ne peut être validée que sur le vu d'un jugement rendu au fond par le Tribunal compétent.

Attendu que, dans l'espèce, la saisie-arrêt ne sera validée que sur le vu d'un jugement rendu au fond par le Tribunal de Thonon (France) et rendu exécutoire en France conformément au traité;

Considérant que l'art. 1er de la convention Franco-Suisse de 1869 n'est applicable qu'aux *contestations* entre Suisses et Français mais non aux instances qui, comme les saisies-arrêts, ne sont portées devant le Tribunal du lieu où l'exécution se poursuit qu'à titre de mesures d'exécution et parce que cette formalité est prescrite par une loi de procédure;

Considérant que les art. 15 et suiv. du traité garantissent que les jugements rendus dans un des deux pays seront exé-

cutés dans l'autre par toutes les voies de droit et suivant les formes usitées dans le pays où l'exécution est demandée;

Que ce serait violer le traité que de refuser d'exécuter à Genève, par voie de saisie-arrêt, un jugement rendu en France sous prétexte que la procédure genevoise en saisie-arrêt nécessite l'assignation des parties par devant le Tribunal de Genève;

Qu'une semblable interprétation de l'art. 1er rendrait illusoire, dans beaucoup de cas, toute la partie du traité relative à l'exécution des jugements;

Considérant qu'à supposer même que l'exécution par voie de saisie-arrêt fît naitre des difficultés entre les parties, ces difficultés devraient, d'après le traité lui-même, art. 19, être tranchées par le Tribunal du lieu d'exécution;

Considérant que l'ordonnance provisionnelle rendue par le juge du lieu de l'exécution, et en vertu de laquelle une saisie-arrêt provisionnelle est opérée, constitue uniquement une mesure *conservatoire*, destinée à rendre possible l'exécution du jugement qui sera rendu par le Tribunal compétent;

Que cette ordonnance provisionnelle ne préjuge en rien le fond, ne touche pas le fond et n'empiète en rien sur la juridiction du Tribunal compétent pour juger le fond;

Considérant que cette ordonnance n'est destinée à avoir de l'effet qu'à trois conditions, savoir: 1° qu'un jugement soit rendu au fond par le Tribunal compétent et porte condamnation au profit du saisissant contre le saisi; 2° que ce jugement soit rendu exécutoire conformément au traité, dans le pays où l'exécution doit avoir lieu; 3° enfin que le Tribunal du lieu où l'exécution est demandée valide la saisie-arrêt;

Considérant, en conséquence, que la saisie-arrêt dont s'agit au procès a été faite, non pas en violation, mais au contraire en vue de l'application de la conventiou franco-suisse du 15 juin 1869;

Attendu, au surplus, que dans les cas analogues la jurisprudence française s'est prononcée dans le même sens.

---

**24.** *Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Art. 1er et 11. Les tribunaux doivent se déclarer d'office incompétents dans les actions personnelles et mobilières ouvertes à des Français domiciliés en France. Peu importe la manière dont le tribunal suisse se trouve nanti de la cause.*

**Vaud.** Arrêt du tribunal cantonal du 22 mai 1883 dans la cause Compagnie Suisse-Occidentale-Simplon c. Lizon.

La Compagnie S.-O.-S. a ouvert action à Honoré Lizon, domicilié aux Rousses (France), devant le Tribunal civil du District de la Vallée, pour obtenir payement de 5000 fr. et pour faire reconnaître comme régulier un séquestre pratiqué contre le défendeur.

Honoré Lizon a d'abord négligé de procéder, ensorte qu'un jugement par défaut a été rendu contre lui; puis il a assigné la Compagnie S.-O.-S. en relief et reprise de cause, ce qui a donné lieu à divers incidents à l'audience du Président du Tribunal de la Vallée.

Un recours ayant été exercé à ce sujet au Tribunal cantonal, cette cour s'est déclarée incompétente pour connaître de la cause et a renvoyé les parties au tribunal français compétent.

Motifs: Considérant sur le pourvoi que l'art. 1er de la convention du 15 juin 1869 entre la Suisse et la France porte que dans les contestations en matière mobilière et personnelle qui s'élèveront soit entre Suisses et Français, soit entre Français et Suisses, le demandeur sera tenu de poursuivre son action devant les juges naturels du défendeur.

Qu'à teneur de l'art. 11 le tribunal suisse ou français devant lequel sera portée une demande qui, d'après les dispositions précédentes, ne serait pas de sa compétence devra, d'office et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui en doivent connaître.

Considérant que, dans l'espèce, il s'agit bien d'une contestation de nature personnelle et mobilière; que Honoré Lizon est Français; qu'il résulte des pièces du dossier qu'il est domicilié en France, la partie intimée n'ayant point établi qu'il possédât un domicile dans le Canton de Vaud.

Attendu, sur ce dernier point, que les exploits notifiés par la Compagnie à Lizon l'indiquent comme étant au Bois d'Amont (France); que le recourant a produit au Greffe du Tribunal de la Vallée, antérieurement aux audiences des 14 et 16 avril, une déclaration du Maire des Rousses, en date du 14 mars 1883, portant que Lizon est domicilié à la Bourbe, hameau des Rousses et qu'il se trouve imposé, dans cette commune, au rôle de la contribution personnelle mobilière, etc.

Considérant que, dans cette situation, et vu les dispositions formelles des art. 1er et 11 précités, ainsi que les termes du protocole explicatif de la dite convention, Honoré Lizon

est fondé dans sa demande de déclinatoire du Tribunal de la Vallée.

Que le Tribunal cantonal, auquel la question est actuellement soumise, doit accueillir la demande, quelles que soient les phases que ce procès a traversées jusqu'à aujourd'hui.

Qu'aux termes de l'art. 11 ci-dessus, le Président aurait même dû soumettre d'office au Tribunal de District la question de compétence.

---

**25.** *Naturalisation de la femme mariée, domiciliée à l'étranger. Loi fédérale du 3 juillet 1876 sur la naturalisation, Art. 3. Loi fédérale sur le mariage du 24 décembre 1874. La femme d'un étranger naturalisé doit être considérée en Suisse comme Suisse lors même qu'elle peut prétendre que d'après les lois de son pays d'origine elle n'a pas perdu sa nationalité primitive. La femme qui a ainsi acquis la nationalité suisse par son mariage est soumise à la loi fédérale sur le mariage quoique le divorce ne soit pas légalement reconnu dans son pays d'origine où elle est restée domiciliée.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 9 décembre 1882 dans la cause Baldinotti c. dame Baldinotti.

En ce qui touche la recevabilité de la demande en divorce;

Attendu en fait que le demandeur, ancien ressortissant italien, justifie qu'il a été régulièrement admis à la naturalisation suisse, et qu'il est devenu citoyen genevois ressortissant à la commune de Genève;

Attendu qu'aux termes de l'art. 3 de la loi fédérale du 3 juillet 1876 sur la naturalisation suisse „la naturalisation s'étend à la femme de l'étranger naturalisé et à ses enfants mineurs s'il n'est pas fait pour ceux-ci une exception formelle";

Attendu qu'il n'a été fait aucune exception concernant la femme ou les enfants du demandeur; qu'en conséquence les effets de la naturalisation suisse se sont étendus à eux, et que la dame Baldinotti est bien et dûment citoyenne genevoise, ressortissant à la commune de Genève;

Attendu qu'il importe peu que la loi italienne conserve, dans certains cas, la nationalité italienne à la femme dont le mari a acquis la naturalisation en pays étranger; l'art. 11 du code civil italien invoqué par la défenderesse, pose en principe:

1° Que le droit de cité italien se perd par la naturalisation en pays étranger;

2° Que la femme et les enfants mineurs de celui qui a perdu son droit de cité italien deviennent étrangers; il ne fait d'exeption à ce principe que dans le cas où la famille a continué à résider dans le royaume; d'autre part, l'art. 14 du même code pose en principe que la femme italienne mariée à un étranger devient étrangère;

Ces principes n'ont rien de contraire à ceux posés par les lois suisses; rien ne s'oppose à ce que la loi italienne continue à considérer la dame Baldinotti comme italienne si tant est qu'elle soit dans le cas exceptionnel prévu par l'art. 11 du code civil italien, mais ce fait ne doit pas empêcher les autorités administratives et judiciaires de la Suisse de la considérer comme Suisse puisqu'elle l'est aux termes des lois suisses;

Considérant que la loi fédérale sur le divorce est applicable à tous les citoyens suisses sans exception;

Que la loi fédérale sur la naturalisation suisse est applicable à tous les étrangers naturalisés, ainsi qu'à leurs femmes et à leurs enfants mineurs, à moins d'exception formelle faite à l'égard de ces derniers par l'autorité compétente, ce qui n'est pas le cas dans l'espèce;

Considérant en conséquence que toutes les lois applicables aux citoyens suisses sont applicables aux deux époux Baldinotti et notamment les lois fédérale et cantonale sur l'état civil, le mariage et le divorce.

---

**26.** *Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. Tödtung des gekauften Thieres durch die Uebernehmer ohne richterliche Bewilligung und vor erfolgter Untersuchung und Rückbietung. Verlust der Wandlungsklage.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 2. Dezember 1882 i. S. Bigard c. Biccard und Katz.

Motive. In thatsächlicher Beziehung ist zwischen den Parteien nicht bestritten, dass die Beklagten am 10. Mai 1880 von den Klägern 2 Kühe gekauft und an die Hand genommen haben und von daher Fr. 600 schuldig geworden sind. Es ist also die Klage auf Bezahlung des Kaufpreises an und für sich substanzirt. Schon in ihrem Widerspruch auf die Zahlungsaufforderung und nun in ihrer Vertheidigung bestreiten

die Beklagten ihre Schuldpflicht blos in Rücksicht auf den beim einen der gekauften Thiere zu Tage getretenen Gewährsmangel, indem sie Wandlung, Ersatz verschiedener Auslagen und Compensation der letztern mit dem Kaufpreise für das gesunde Thier verlangen. Es ist also nur zu untersuchen, ob diese Ansprüche nach dem Konkordat vom 27. Juni 1853 begründet sind.

Durch den übereinstimmenden Befund der richterlich ernannten Sachverständigen ist constatirt worden, dass die fragl. Kuh „an Entartung, Verhärtung und Tuberkelbildung der Lungen schon geraume Zeit gelitten“ hat und es kann somit die Existenz eines Gewährsmangels nicht in Abrede gestellt werden. Für ihre Behauptung, dass die Sachverständigen das Thier vor der Untersuchung ärztlich behandelt haben, ist von den Klägern ein Beweis nicht erbracht worden.

Nun ist aber der Anspruch auf Wandlung in der Regel davon abhängig, dass der Uebernehmer das mit dem Gewährsmangel behaftete Thier in dem Zustande, in welchem er es empfangen hat, zurückgeben kann und will. Von dieser Regel hat das Konkordat selbst einige Ausnahmen gemacht. So bleibt nach § 10 die Wandlungsklage bestehen, wenn das Thier zum Zwecke der Untersuchung getödtet werden muss und nach § 11 ist sie auch dann nicht ausgeschlossen, wenn ein in lebendem Zustande untersuchtes Thier später zu Grunde geht oder aus polizeilichen Rücksichten getödtet wird. Die Praxis hat diese Ausnahmen vermehrt und die Redhibition auch dann zugelassen, wenn das Thier gerade an den vom Uebergeber zu vertretenden Mängeln oder nach erfolgter Rückbietung und eingetretenem Verzuge des Verkäufers durch Zufall zu Grunde gieng. Einer solchen Ausdehnung steht allerdings die Fassung des Konkordats nicht entgegen, indem die einschlagenden Bestimmungen nicht auf eine abschliessende Normirung der hieher gehörenden Fälle schliessen lassen.

Dagegen lässt sich der zu entscheidende Fall mit den angezogenen nicht auf gleiche Linie stellen. Der Untergang des fraglichen Stückes Vieh ist nicht durch unverschuldeten Zufall oder durch Gewährsmängel herbeigeführt worden, sondern durch die von den Käufern vorgenommene Tödtung, also durch eine freiwillige Handlung derselben. Die Käufer haben sich selbst der Möglichkeit begeben, die ihnen obliegende Rückleistung anbieten zu können und haben demnach keinen Anspruch auf die Wandlung.

Dazu kommt, dass die Tödtung von den Käufern in

eigenmächtiger Weise und in vollständiger Missachtung der einschlagenden Concordatsbestimmungen vorgenommen worden ist. Sie haben weder die richterliche Bewilligung eingeholt, noch die Ernennung und Beiziehung von Sachverständigen veranlasst, wie es gemäss § 11 des Concordats hätte geschehen sollen. Und doch hätte nach den örtlichen Verhältnissen beides höchst wahrscheinlich mit wenig Zeitverlust stattfinden können. Die Beklagten und Widerkläger haben zwar versucht nachzuweisen, dass Gefahr im Verzuge gewesen sei. Allein der daherige Nachweis ist durchaus unzureichend.

Das Vorgehen der Beklagten und Widerkläger kann auch deshalb nicht gebilligt werden, weil dasselbe eine Verschlimmerung der Rechtsstellung der Kläger mit sich bringen konnte. Letztere haben erst am 3. Juni von dem Vorhandensein eines Gewährsmangels und am 5. Juni von dem Hergange der Sache Kenntniss erhalten. Sie waren deshalb ausser Stande, diejenigen Vertheidigungsgründe zu wahren, welche sich aus dem Zustande des Thieres allfällig hätten entnehmen lassen. Sie konnten sich weder der Identität des getödteten mit einem der verkauften Thiere versichern, noch feststellen lassen, ob etwa ein Verschulden der Käufer oder ein von ihnen zu tragender Zufall als Ursache des schlimmen Zustandes der Kuh vor der Tödtung vorgelegen habe. Dieser Umstand wiegt um so schwerer, als festgestellt ist, dass die fragliche Kuh wenige Tage vor der Tödtung ein Kalb geworfen hatte.

Die Aussage des Zeugen Müller, wonach eine telegraphische Mittheilung an die Kläger stattgefunden habe, ist bedeutungslos, weil die Beklagten und Widerkläger selbst keine dahingehende Behauptung aufgestellt haben und über den Inhalt eines solchen Telegramms keine Angaben gemacht wurden.

Es mag übrigens hier auch hervorgehoben werden, dass die vom 28. Mai datirende, am 3. Juni den Klägern zugestellte Rückbietungskundmachung beim damaligen Stande der Sache eine ganz zwecklose Vorkehr war und dass dieselbe eine unwahre Darstellung des Hergangs enthält.

Jeder Bedeutung entbehrt schliesslich die Behauptung der Beklagten, dass sie die Tödtung im Interesse der Kläger vorgenommen haben, um denselben den Verkaufswerth des Fleisches zu erhalten. Vor der Tödtung war ja eine Rückbietung nicht erfolgt und ebensowenig die Existenz eines von den Klägern zu vertretenden Gewährsmangels festgestellt. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Kläger ein wesentlicheres und in erster Linie stehendes Interesse daran

hatten, dass nicht eine einseitige und willkürliche Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse stattfinde und dass ihre Rechtsstellung wohl richtiger gewahrt gewesen wäre, wenn die Beklagten nicht in den natürlichen Lauf der Dinge eingegriffen hätten.

Nach dem Gesagten ist das Recht zur Wandlung nicht mehr vorhanden und die darauf basirte Einrede und Widerklage unbegründet.

# Schweizerische Rechtspflege.

(Fortsetzung.)

---

**27.** *Retentionsrecht. Vorrang desselben vor allen seit dessen Entstehung bestellten Pfandrechten. Das Retentionsrecht ist dem kaufmännischen Retentionsrecht des deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 311 ff. nachgebildet und enthält neben dem Rückbehaltungsrecht die Befugnisse des Faustpfandgläubigers. Diese liegen im Wesen des Retentionsrechts, entstehen daher mit diesem, gehen also dem während der Dauer des Miethverhältnisses an den Illaten bestellten Pfandrechten vor; die Benachrichtigung des Schuldners ist nur Erforderniss für die Realisirung des Anspruchs. Art. 228, Abs. 1, O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 17. November 1883 i. S. Walder c. Hofmann.

Motive. Kläger hat unterm 13. Februar d. J. an den nämlichen Gegenständen ein gerichtliches Pfandrecht erworben, deren Versilberungserlös wenigstens zum Theil vom Beklagten auf Grund des ihm an diesen Objecten für eine Miethzinsforderung von 900 Fr. zustehenden Retentionsrechts angesprochen wird. Der Beklagte hat das Retentionsrecht am 18. April in der Weise geltend gemacht, dass er die Bewilligung des Gerichtspräsidenten auswirkte, die fraglichen Gegenstände seines Vermiethers, der gleichzeitig ausgewiesen wurde, zur Deckung seiner Forderung zurück behalten zu dürfen; die Parteien sind ferner darüber einig, dass sich die am 19. April erfolgte Versilberung sowohl als Realisirung des klägerischen Pfandrechts als des beklagtischen Retentionsrechts darstellt und Streit besteht nur darüber, welches dieser Rechte, soweit sie mit einander collidiren, dem andern vorgehe. Geht das klägerische Pfandrecht vor, so ist auch das Klagebegehren, gerichtet auf Deckung der klägerischen Pfandforderung nebst Zinsen und Kosten aus dem deponirten Versilberungserlös begründet, geht aber das Retentionsrecht des Beklagten vor so fällt das Fundament für den Klageanspruch dahin und muss derselbe abgewiesen werden.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen müsste die Frage, welches der beiden Rechte vorgehe, ohne Zweifel in dem Sinne

entschieden werden, dass dem gerichtlichen Pfandrecht des Klägers der Vorrang gebühre. Darnach gewährt nämlich das Retentionsrecht blos die rein persönliche Befugniss des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner, gewisse in seinem Besitze befindlichen Sachen des Letztern, die er sonst herauszugeben verpflichtet wäre, so lange zurückzubehalten, bis er für seine Forderung befriedigt ist. Dasselbe hat also nur die Natur eines Mittels um den Gegner zu einer Leistung zu nöthigen; es ist nicht ein eigentliches Deckungsmittel, sondern nur ein indirectes. Sicherungsmittel, es gewährt keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe der Retentionsobjecte, weder gegenüber dem Schuldner, noch gegenüber einem Pfandgläubiger desselben, und folglich kann noch weniger davon gesprochen werden, dass der Retentionsberechtigte einen dem Letztern vorgehenden Befriedigungsanspruch aus dem Erlöse der Retentionsobjecte habe.

Etwas anders verhält sich die Sache mit dem Retentionsrecht des Vermiethers nach dem zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuche. Nach diesem hat dasselbe nämlich die Natur eines gesetzlichen Pfandrechtes und gewährt als solches einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Werth der Retentionsobjecte (§ 898 und 1506). Allein dieses Pfandrecht ist nur ein generelles, das zwar allerdings allen übrigen generellen Pfandrechten vor-, anderseits aber auch allen Specialpfandrechten nachgeht und als Generalpfandrecht nur im Konkurse des Schuldners zur Realisirung gelangt. Ausser dem Konkurse kann der Vermiether sein Recht nur in der Weise geltend machen, dass er die Illaten des wegziehenden Miethers zurückbehält; allerdings hat die Praxis dahin entschieden, dass in diesem Falle unter gewissen Voraussetzungen das bisherige generelle Pfandrecht die Natur eines speciellen und zwar eines Faustpfandrechts annehme, allein daraus folgt nur, dass dieses Faustpfandrecht allen später entstandenen Specialpfandrechten vorgeht, während es natürlich allen früher entstandenen nachgeht. Wollte man also auch in concreto davon ausgehen, es habe Beklagter am 18. April ein Faustpfandrecht erworben, so ist doch ganz klar, dass dieses dem bereits im Februar entstandenen gerichtlichen Pfandrecht des Klägers nachgehen würde.

Nun ist aber die Streitfrage gemäss Art. 887 O.-R. nach diesem zu entscheiden und folglich zu untersuchen, welchen Character das Retentionsrecht nach diesem Gesetze habe und welche Befugnisse für den Berechtigten daraus folgen. Wie aus der Botschaft des Bundesrathes zum Entwurf des Obli-

gationenrechts hervorgeht, hat dem Gesetzgeber bei der Regulirung dieser Motive vor Allem aus das deutsche Handelsgesetzbuch als Grundlage gedient und ohne Zweifel hat er dabei auch die deutsche Gerichtspraxis, welche Wesen und Inhalt des Retentionsrechts bereits des Genauesten festgestellt hat, berücksichtigt. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass man in der Hauptsache einfach das sogenannte kaufmännische Retentionsrecht des deutschen Handelsgesetzbuches, allerdings mit der Ausdehnung auf den Verkehr unter Nichtkaufleuten, acceptiren wollte. Dieses Retentionsrecht ist nun ein eigenthümliches gesetzliches Pfandrecht. Ein Pfandrecht nämlich kann man es insofern nennen, als es wie dieses den Anspruch auf Befriedigung aus dem Werth der Retentionsobjecte gewährt (Art. 228), während es allerdings anderseits vom eigentlichen Pfandrecht wieder insofern grundverschieden ist, als zu seiner Begründung die Requisite der Pfandrechtsbestellung nicht nothwendig sind und es überhaupt kein dingliches, mit einer entsprechenden dinglichen Klage geschütztes Recht ist, wie dieses nicht cessibel ist etc.

Die Hauptwirkung dieses Retentionsrechts ist neben der Befugniss, die Retentionsobjecte zurückzubehalten und dem darin liegenden indirecten Zwang, den Mitcontrahenten zur Zahlung zu veranlassen, offenbar der bereits erwähnte Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe der Retentionsobjecte. Dieser Anspruch ist dem Gedanken einer Ausdehnung der Kompensationsbefugniss von Geld auf Sachen entsprungen. Die schuldige Sache wird durch Verkauf zu Geld gemacht und dann einfach abgerechnet.

Diese Verkaufsbefugniss entsteht nun offenbar mit dem Rechte selbst, weil sich dieses ja gerade darin am wesentlichsten äussert, die Hauptwirkung des Rechts ist. Die in Art 228 erwähnte Benachrichtigung des Schuldners ist natürlich nicht eine Voraussetzung für die Entstehung des Retentionsrechts und folglich auch nicht für den mit diesem von selbst gegebenen Anspruch auf Befriedigung aus dem Werth des Retentionsobjects, vielmehr ist es nur die Realisirung dieses Anspruchs, welche jene Benachrichtigung voraussetzt.

Unbestrittenermassen ist das Retentionsrecht des Beklagten lange vor der Pfändung zu Gunsten des Klägers (13. Februar 1883) in's Leben getreten und da nach dem Gesagten mit seiner Begründung natürlich auch die darin liegenden Befugnisse, also hauptsächlich auch der Anspruch auf Befriedigung aus den Retentionsobjecten entstanden sind und dieser Anspruch sich gemäss Art. 294 und übrigens auch unbestrit-

tenermassen auf die ganze, ausstehende Miethzinsquote von 900 Fr. erstreckt, so geht auch das Retentionsrecht dem klägerischen Pfandrecht bezüglich dieser ganzen Forderung vor.

Dass das bezüglich des dem Vermiether zustehenden Retentionsrechts die Meinung des Gesetzes war, ergibt sich übrigens schlagend aus Folgendem: der Entwurf zum Obligationenrecht (Art. 312) sprach sich blos ganz allgemein dahin aus, dass der Vermiether für seine aus dem Miethverhältniss entspringenden Forderungen ein Retentionsrecht an den und den Sachen habe. Brachte man nun diese Bestimmung in Verbindung mit Art. 240, so musste man zu dem Schlusse gelangen, dass das Retentionsrecht nur für die fälligen Forderungen aus dem Miethsverhältniss gegeben sei. Diesen Umstand hob die nationalräthliche Kommission in ihrer Berichterstattung vom November 1880 pag. 24 und 25 hervor mit dem Bemerken, dass Art. 312 doch wohl weiter gehen solle, weil sonst der Miether vor dem Eintritt des Zinstermines mit seinem ganzen Mobiliar unbehelligt ausziehen könnte. Sodann bemerkt sie weiters: *„Es entsteht aber ferner die Frage, wie sich das Retentsionsrecht des Vermiethers zu den Ansprüchen anderer Gläubiger des Miethers, welche die eingebrachten Gegenstände pfänden möchten, verhalte; ob der Vermiether nicht auch in diesem Falle so viele Gegenstände zurückbehalten könne, als zu seiner Deckung erforderlich sind und wenn ja, ob er dieses Recht auch für die zukünftig verfallenen Zinse ausüben könne. Wenn es den andern Gläubigern gestattet würde vor Verfall des Miethzinses alles Mobiliar wegzupfänden und zu versilbern, so würden sich die dem Vermiether gebotenen Garantien auf ein Minimum beschränken,* wenn aber umgekehrt der Vermiether sein Retentionsrecht für alle, selbst noch nicht vrefallenen Miethzinse geltend machen dürfte, so könnten umgekehrt die Rechte der übrigen Gläubiger des Vermiethers sehr beeinträchtigt werden. Die Kommission hat daher beschlossen, dem Vermiether das Retentionsrecht mit der Wirkung eines Pfandrechts sowohl ausser als im Konkurse des Miethers nur für einen verfallenen und laufenden Jahreszins zu gewähren etc. Diese Ausführungen der nationalräthlichen Kommission, welche die gegenwärtige Fassung des vom Retentionsrecht des Vermiethers handelnden Art. 294 zur Folge hatten, weisen nun aber mit aller Bestimmtheit darauf hin, dass das Retentionsrecht dem Vermiether in der bestimmt begrenzten Weise, wie es ihm der Art. 294 einräumt, als ein vom Moment seiner Entstehung an unbedingt allen nachfolgenden Gläubigern vorgehendes Deckungs- und eventuelles Befriedigungsmittel ge-

geben werden wollte; denn sonst hätte das, was man nach dem citirten Kommissionsbericht gerade vermeiden wollte, nämlich dass andere Gläubiger vor der Ausübung des Retentionsrechts alle Retentionsobjecte pfänden und versilbern lassen, eben doch eintreten können. Die Tendenz, dem Vermiether für den verfallenen und laufenden Jahreszins ein vorzugsweises Befriedigungsrecht einzuräumen, ist in diesem Berichte klar ausgesprochen.

Ein weiteres durchaus schlüssiges Argument dafür, dass diese Auffassung der Willensmeinung des Gesetzgebers entspricht, ist wohl auch die Thatsache, dass während der ursprüngliche Gesetzentwurf in Art. 229 sagte, dass sobald der Gläubiger den Schuldner davon benachrichtige, dass er sein Retentionsrecht geltend machen werde, ihm von da an ein Faustpfand an dem retinirten Gegenstand zustehe, die Fassung des geltenden Gesetzes dahin geht, der Gläubiger könne nach vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners sein Retentionsrecht gleich einem Faustpfandgläubiger realisiren. Die Fassung des Entwurfs beweist, dass man damals das Wesen des deutschen kaufmännischen Retentionsrechts, das nachgebildet werden sollte, noch nicht völlig erkannt hatte. Der gemeinrechtliche Begriff dieses Rechtes war offenbar noch vorherrschend; man glaubte ihm zuerst die Natur eines eigentlichen Pfandrechts geben zu müssen, bevor von dem Anspruch auf Befriedigung aus dem Werthe des Retentionsobjectes gesprochen werden könne und diesen Character sollte es erhalten mit der Anzeige der Realisirung und von diesem Momente an. Damit wäre aber offenbar gesagt gewesen, dass jedes vorher entstehende Pfandrecht vorgehe. Das aber wollte man nun eben nicht, vielmehr kam die Tendenz zum Durchbruch, nicht ein schwaches Retentionsrecht mit nachfolgendem Pfandrecht, sondern einfach ein eigenthümliches mit Veräusserungsbefugniss ausgestattetes Retentionsrecht zu schaffen, wobei dann allerdings bestimmt wurde, dass die Art der Realisirung des Befriedigungsanspruchs die gleiche sein soll, wie sie dem Faustpfandgläubiger zusteht.

---

**28.** *Verjährung. Eine im privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich, Abth. Obligationenrecht, über die Unterbrechung der Verjährung im Allgemeinen aufgestellte Bestimmung (§ 1070 lit. b) ist durch das Obligationenrecht, Art. 881, auch bezüglich eines durch dasselbe, Art. 64, Abs. 1, dem*

*kantonalen Recht vorbehaltenen Anspruchs aufgehoben. Art. 146, Abs. 3. O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. October 1883 i. S. Braunschweig c. Meier.

Kläger fordert Ersatz des Schadens, welcher ihm dadurch entstanden sei, dass der Beklagte am 27. April 1882 bei Vornahme der Pfändung für eine Forderung des Joh. Lips in Schlieren an Hch. Meili daselbst im Betrage von Fr. 520 sammt Zins nicht genug Pfänder eingeschrieben habe und dass in Folge dessen Kläger, als Cessionar des Joh. Lips in dem später über Hch. Meili ausgebrochenen Konkurse für die genannte Forderung nur theilweise befriedigt worden sei. Der Beklagte stellt der Klage in erster Linie die Behauptung entgegen, sofern und soweit überhaupt Regressansprüche bestanden haben, seien dieselben dadurch, dass der Kläger die beiden durch § 178 des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung bestimmten Fristen von 6 Monaten und 6 Wochen unbenutzt habe ablaufen lassen, erloschen; es stellt sich aber diese Einrede als unbegründet dar. Thatsächlich steht fest, dass während die fehlerhafte Handlung, deren sich der Beklagte soll schuldig gemacht haben, am 27. April 1882 erfolgt ist, der Kläger erst mit Rechtsbot vom 6. Februar 1883 den Rechtstrieb angehoben und nachdem vom Beklagten Rechtsvorschlag ausgewirkt und durch Entscheid des Audienzrichters von Zürich vom 27. März 1883 und der obergerichtlichen Rekurskammer vom 4. Mai 1883 Rechtsöffnung wegen Illiquidität der Forderung verweigert worden war, derselbe die vorliegende Klage am 1. Juni 1883 beim Friedensrichter eingeleitet und am 13. Juni beim Bezirksgericht anhängig gemacht hat.

Die Klage wurde abgewiesen. Die hierbei den Ausschlag gebenden Gründe sind für die Praxis des Obligationenrechts ohne Bedeutung; dagegen sind folgende Motive von Interesse:

In rechtlicher Beziehung kann, auch wenn man annimmt, der Kläger habe von dem angeblich vom Beklagten begangenen Fehler erst nach Ablauf von 6 Monaten vom 27. April 1882 an gerechnet, durch die Einsicht des Meili'schen Auffallsprotocolls innert der Bedenkzeit (2. Dezember bis 31. Dezember 1882) oder vollends erst durch das Ergebniss der Konkursgant (28. Dezember) Kenntniss erhalten, er habe somit nach Ablauf der 6monatlichen Frist noch die zweite von 6 Wochen beanspruchen können und es sei diese zur Zeit der Anhebung des Rechtstriebes noch nicht abgelaufen gewesen, kein Zweifel darüber bestehen, dass auf Grund der bis zum 1. Ja-

nuar 1883 in Kraft bestandenen Vorschriften unseres privatrechtlichen Gesetzbuches betreffend die Verjährung von Forderungen, sowie der besondern Bestimmungen des Gesetzes betreffend die Schuldbetreibung, nach der Auslegung, welche diese letztern in dem Entscheid des Kassationsgerichtes vom 22. April 1882 in Sachen Meier c. Hauser (abgedruckt im Rechenschaftsbericht vom Jahre 1882, Beil. S. 82) gefunden haben, der klägerische Rechtsanspruch als erloschen angesehen werden muss; nach diesem Entscheid des Kassationsgerichtes ist nämlich § 178 des Schuldbetreibungsgesetzes in Verbindung mit § 1070 des privatrechtlichen Gesetzbuchs dahin zu verstehen, dass nur wenn der innert der Verjährungsfristen von 6 Monaten oder 6 Wochen angehobene Rechtstrieb durchgeführt wordén ist, hierdurch das Erlöschen des Klagerechts gehindert wird und diese Voraussetzung ist nach dem oben Gesagten hier nicht vorhanden.

Es frägt sich nun aber noch, ob, wie der Beklagte zweitinstanzlich geltend gemacht hat, die Sache rechtlich sich dadurch anders gestalte, dass mit dem 1. Januar 1883 an die Stelle einzelner Bestimmungen unseres privatrechtlichen Gesetzbuchs das eidg. Obligationenrecht getreten ist und die Bestimmungen des letztern gerade im Abschnitt über die Verjährung von Forderungen in mehrfachen Punkten von den früher bestandenen des privatrechtlichen Gesetzbuchs abweichen, insbesondere statt der früher in § 1070 des privatrechtlichen Gesetzbuchs aufgestellten Rechtsregel, dass die Verjährung der Forderungen durch Anhebung der Schuldbetreibung nur insofern unterbrochen werde, als der Rechtstrieb durchgeführt werde, nunmehr nach Art. 154 und 157 des eidg. Obligationenrechts als Recht gilt, dass schon die Anhebung der Betreibung zur Unterbrechung der Verjährung genügt und dass, wenn die Verjährung durch eine Klage unterbrochen wird, dieselbe im Laufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters von Neuem beginnt, ferner nach Art. 883 Abs. 3 O.-R. die Bestimmungen dieses Gesetzes mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung vom 1. Januar 1883 an durchweg gelten sollen.

Bei Untersuchung dieser Frage ist davon auszugehen, dass das Bundesgesetz über das Obligationenrecht das gesammte kantonale Obligationenrecht ausser Kraft gesetzt hat, soweit jenes nicht ausdrücklich den Vorbehalt kantonalen Rechts trifft. Ein solcher Vorbehalt findet sich in Art. 64 des Obligationenrechts, welcher der Kantonalgesetzgebung verstattet,

über die Ersatzpflicht öffentlicher Beamten besondere Bestimmungen aufzustellen. Diese letztern sind nun enthalten in §§ 177 ff. des zürcherischen Schuldbetreibungsgesetzes und unzweifelhaft sind auch die dort aufgestellten Verjährungsfristen gemäss Art. 146 des Obligationenrechts gültig. Die Frage ist lediglich die, ob auch für die Unterbrechung dieser Verjährungsfristen besondere kantonale Vorschriften im Sinne von Art. 146 des Obligationenrechts existiren? Es muss dies verneint werden, denn das citirte zürcherische Specialgesetz bleibt bei der Bezeichnung der Verjährungsfristen stehen, ohne bezüglich der Anhebung und Unterbrechung dieser Fristen Näheres vorzuschreiben. Als ergänzende Bestimmung kommt in dieser Hinsicht lediglich § 1070 lit. b des privatrechtlichen Gesetzbuchs in Betracht, dessen Anwendbarkeit zu untersuchen ist. Da indess diese Vorschrift keinerlei besondere Beziehung oder Verweisung auf den dem kantonalen Gesetz vorbehaltenen in § 178 des Schuldbetreibungsgesetzes geregelten Schadenersatzanspruch enthält, sondern allgemeiner Natur ist und im privatrechtlichen Gesetzbuch im IV. Buch steht, welches die „Forderungen und Schulden" behandelt, so ist dieselbe als durch das eidg. Obligationenrecht Art. 881 aufgehoben zu betrachten und es ist demnach die Anhebung des Rechtstriebs für die eingeklagte Forderung, gemäss Art. 154 des Obligationenrechts als Unterbrechung der Verjährung zu würdigen. — Hierbei mag noch bemerkt werden, dass auch keine besondern innern Gründe für Beibehaltung der alten Grundsätze über Unterbrechung der Verjährung angeführt werden könnten; die kurzen Fristen sind dafür da, dass der Gemeindammann nicht mehr verantwortlich gemacht werde zu einer Zeit, da ihm die Erbringung der Gegenbeweise erschwert ist, und dass er überhaupt bald wisse, woran er sei; darauf hat der Beamte ein Recht, nicht aber darauf, dass der Gläubiger, der seine Reclamationen einmal gerichtlich geltend gemacht und Nichts versäumt hat, durch eine Subtilität des zur Zeit der Aufstellung der Verjährungsfristen in Kraft befindlichen Obligationenrechts seiner Ansprüche wieder verlustig gehen könne.

Nun wird dargelegt, dass die Klage aus anderen, hier nicht in Betracht fallenden Gründen abzuweisen sei.

Eine Minderheit des Gerichts gibt ihre abweichende Ansicht dahin zu Protocoll (§ 293 des zürch. Gesetzes betr. die Rechtspflege), dass die Klage zwar abzuweisen sei, jedoch aus folgenden Gründen:

Die Frage, ob für die Unterbrechung der Verjährung

Art. 154 des eidg. Obligationenrechts massgebend sei, ist zu verneinen.

Vorerst fällt in Betracht, dass das eidg. Obligationenrecht in Art. 64 in Verbindung mit Art. 146 Abs. 3 ausdrücklich den Kantonen das Recht wahrt, über die Ersatzpflicht von Schaden, welchen öffentliche Beamte in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, Bestimmungen aufzustellen, welche von denjenigen des eidg. Obligationenrechts über Forderungen aus unerlaubten Handlungen abweichen, also insbesondere die Frist, deren unbenutzter Ablauf das Erlöschen von Regressansprüchen bewirken soll, anders zu bestimmen, als sie in Art. 69 bestimmt ist. Wenn den Kantonen dies Recht vorbehalten ist, so steht ihnen selbstverständlich auch frei, von früher her bestandene abweichende Vorschriften beizubehalten und dies trifft unzweifelhaft bei den Bestimmungen der §§. 177 und 178 des Schuldbetreibungsgesetzes zu; diese Bestimmungen, welche sehr strenge Rechtsregeln betreffend die Haft der Gemeindammänner für Fehler, welche sie bei Besorgung des Rechtstriebs begehen, aufstellen und dagegen kurze Verjährungsfristen für die Geltendmachung von Regressansprüchen festsetzen, sind seit der Einführung des eidg. Obligationenrechts nie von den zuständigen Behörden des Kantons Zürich als aufgehoben erklärt worden, daher als noch geltend anzusehen.

Es geht aber auch nicht an, anzunehmen, dass wenigstens die in § 1070 des privatrechtlichen Gesetzbuchs aufgestellten Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung von Forderungen durch die Einführung des eidg. Obligationenrechts wie für Forderungen von rein obligationenrechtlicher Natur, so auch für solche aus unerlaubten Handlungen aufgehoben und durch Art 154 ff. des eidg. Obligationenrechts ersetzt worden seien. Die Rechtsregeln über Unterbrechung der Verjährung sind, wie in andern Gesetzbüchern, so auch in unserem privatrechtlichem Gesetzbuch und im eidg. Obligationenrecht in dem Abschnitt Verjährung eingereiht, sie bilden einen Theil dieses Rechtsgebietes und was für dieses im Allgemeinen bestimmt ist, gilt auch für sie im Besondern; dafür dass es in der That auch nicht in der Absicht, sei es der eidgenössischen oder hiesigen kantonalen Behörden gelegen hat, etwas Abweichendes zu bestimmen, spricht theils die Bemerkung im Kommentar zum eidg. Obligationenrecht von Schneider und Fick, Anmerk. 4 zu Art. 146: „es fallen demnach unter diesen Abschnitt nur solche Forderungen, welche nach dem System dieses Gesetzes obligationenrechtlicher Natur

sind," mit welcher Bemerkung auch die Ansicht von Hafner in seinem Kommentar zum eidg. Obligationenrecht, Einleitung Seite XVI, Anmerkung unten, übereinzustimmen scheint, theils die Notiz in dem vom Regierungsrath im Auftrage des Kantonsrathes herausgegebenen Verzeichniss der am 1. Januar 1883 noch gültigen Bestimmungen unseres privatrechtlichen Gesetzbuchs zu § 1064 — 1076, also insbesondere § 1070, „dieser Abschnitt gelte noch für die Forderungen, welche unter kantonalem Recht stehen laut Vorbehalt schweiz. Obligationenrecht Art. 146."

Wenn dem entgegen vom Appellanten darauf hingewiesen worden ist, dass in Art 885 des eidg. Obligationenrechts gesagt sei, es sollen die Bestimmungen dieses Gesetzes mit Bezug auf die Unterbrechung der Verjährung vom 1. Januar 1883 an durchweg gelten, so ist darauf zu erwidern, dass der Ausdruck „durchweg" offenbar sich nur auf die in Abs. 1 und 2 jenes Artikels einander gegenüber gestellten Verjährungsfristen von mehr und weniger als 5 Jahren bezieht und keineswegs durch denselben hat angedeutet werden wollen, dass die Rechtsregeln über die Unterbrechung der Verjährung wie auf Forderungen von rein obligationenrechtlicher Natur so auch auf solche aus unerlaubten Handlungen Anwendung finden sollen; in letzterm Sinne gestellt, käme die Bestimmung in direkten Widerspruch zu derjenigen des Art. 146, Abs. 3.

Es leuchtet auch ein, dass die Annahme, durch das eidg. Obligationenrecht habe man zwar den Kantonen das Recht vorbehalten wollen, für die Geltendmachung besonderer obligatorischer Ansprüche andere als die in jenem Gesetz bestimmten Verjährungsfristen festzusetzen, dagegen sollen die Vorschriften des Gesetzes betreffend die Unterbrechung der Fristen überall massgebend sein, leicht dazu führen kann, den Zweck, den man bei jenem Vorbehalt im Auge hatte, zu vereiteln. Wo z. B., wie gerade bei den hier in Frage stehenden Bestimmungen unseres Schuldbetreibungsgesetzes besondere Gründe es als wünschbar erscheinen lassen, dass der Gläubiger seine Ansprüche beförderlich einklage, die kurzen Verjährungsfristen verhindern sollen, dass die in § 177 jenes Gesetzes aufgestellten strengen Grundsätze über die Haftpflicht der Gemeindammänner zu Unbilligkeiten und Härten führen, kann die Anwendung der leichtern Rechtsregeln des eidg. Obligationenrechts über Unterbrechung der Verjährung (Anhebung statt Durchführung des Rechtstriebs) leicht den Eintritt des beabsichtigten Erfolges vereiteln. Die Lehre von der Unterbrech-

ung oder Verjährung ist ein so wesentlicher Theil des ganzen Rechtsgebietes der Verjährung, dass es sich nicht rechtfertigt, dieselbe ohne besonderen Zwang nach einem anderen Gesetz zu beurtheilen, als die übrigen Theile jenes Rechtsgebietes.

---

**29.** *Anwendbarkeit des Obligationenrechts auf Thatsachen seit 1. Januar 1883, aus denen der Untergang eines Rechts hergeleitet wird, welches vor dem 1. Januar 1883 entstanden ist. O.-R. Art. 882 Abs. 3 Satz 1.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 8. Oktober 1883.

Rekursgegner war durch gerichtliches Urtheil vom 23. Dezember 1878 als Vater des von der Rekurrentin geborenen ausserehelichen Kindes erklärt und zu jährlichen Beiträgen an die Rekurrentin für Alimentation des Kindes verpflichtet worden. Derselbe anerkennt, der Rekurrentin aus diesem Grunde Fr. 180 schuldig geworden zu sein, stellt aber die Einrede der Kompensation, indem ihm eine grössere Gegenforderung zustehe. Die Rekurrentin beruft sich auf Art. 132 O.-R. und erklärt, dass sie gemäss dem ihr gegebenen Recht die Kompensation für die Alimentenforderung ablehne. Rekursgegner erwidert, Art. 132 komme nicht zur Anwendung, indem die Forderung vor dem 1. Januar 1883 entstanden sei, und derselbe hat mit dieser Argumentation in erster Instanz obgesiegt; der Rekurs wurde aber gutgeheissen.

Motive. Es handelt sich hier nicht, wie Rekursgegner geltend macht, um die rechtlichen Folgen der Schwängerung und der Erzeugung des Kindes, welche letztern, als vor den 1. Januar 1883 fallend, allerdings nach kantonalem Recht zu beurtheilen sind (Art. 882 Abs. 1 O.-R.), und es wird auch die Forderung im Prinzipe gar nicht bestritten; sondern darum, ob nicht der Anspruch seither untergegangen sei; die Frage aber, ob eine Forderung, sei es durch Zahlung, sei es durch Kompensation oder sonstwie als erloschen zu betrachten sei, ist nach dem neuen Gesetze zu entscheiden (Art. 882, Abs. 3). Art 132 desselben bestimmt nun, eine Verrechnung sei in Fällen, wie der vorliegende, unzulässig, die Einrede falle also dahin.

---

**30.** *Kompensation. Die Zulässigkeit der Kompensation ist nach kantonalem Recht und nicht nach Art. 131 O.-R. zu*

*beurtheilen, sofern die Gegenforderung vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts entstanden ist. Art. 131 und 882 O.-R.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 5. September 1883 i. S. H. J. Märki c. Th. Bruppacher.

Th. Bruppacher in Horgen hat den H. J. Märki in Mandach, gestützt auf einen von diesem unterm 9. November 1875 ausgestellten Schuldschein, um Bezahlung von Fr. 200 belangt. H. J. M. hat der Klage unter Anderem die Einrede der Kompensation entgegengehalten mit dem Anbringen: er habe in der Zeit vom 20. Oktober bis 23. Dezember 1880 der Ehefrau und dem Kinde des Klägers Kost und Logis gegeben; er fordere eine tägliche Vergütung von Fr. 4, so dass ihm B. in dieser Beziehung die Summe von Fr. 256 schuldig geworden, welche gegenüber der eingeklagten Forderung zur Abrechnung gebracht werde.

Die Kompensationseinrede des Beklagten muss jedoch als unzulässig verworfen werden. Die Summe, deren Bezahlung der Kläger begehrt, ist ein dem Beklagten gemachtes Darlehen, wofür von demselben ein Schuldschein ausgestellt worden; nun enthält §. 845 des aarg. Civilgesetzbuches die Vorschrift, „dass gegen ein verschriebenes Darlehen nur Forderungen der gleichen Art und Form abgerechnet werden können."

Der Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung der verlangten Kompensation auf Art. 131 des Obligationenrechts, mit dem Hinweise darauf, dass daselbst die Abrechnung bedingungslos gestattet werde und von der Beschränkung des § 845 des aarg. Civilrechts nicht die Rede sei. Dagegen kommt jedoch in Erwägung, dass Art. 131 des Obligationenrechts im Falle nicht Anwendung findet. Da die beklagtische Forderung noch vor Einführung des Obligationenrechts entstanden, d. h. die Thatsache, aus der die Forderung abgeleitet wird, noch vor dem 1. Januar 1883 — in der Zeit vom 20. October bis 23. Dezember 1880 — sich ereignet haben soll, so ist das aargauische Recht als massgebend anzusehen .....

Es ist nicht begründet, wenn vom Beklagten angeführt wird, es könne sich lediglich fragen, wann die Thatsache der Geltendmachung seiner Forderung stattgefunden. Der Anspruch sei mit der Verurkundung der Antwort, welche nach dem 1. Januar 1883 erfolgt sei, erhoben worden und müsse demnach die Kompensationsfrage nach neuem Recht beurtheilt werden. Offenbar wird diese Frage vom alten Recht beherrscht, sobald es richtig ist, dass die Thatsache, wodurch die Gegenforderung begründet worden, der Zeit vor dem 1.

Januar 1883 angehört. Nach dem Wortlaut des Art. 882 O.-R. bleibt in dieser Beziehung kein Zweifel übrig.

---

**31.** *Compensation. La compensation peut être opposée par le débiteur alors même que sa créance est contestée. Elle peut être opposée aussi bien au cessionnaire du créancier qu'au créancier lui même. Art. 131, 189 et 882 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 29 mai 1883 dans la cause Reymond et Capt c. John Capt.

Léon Reymond et Jules Capt, au Chenit, ont opposé à une saisie pratiquée contre eux par John Capt au Sentier, lequel agissait en vertu d'un état de frais à lui cédé par Clerc, qui le tenait lui-même de Golay. L'opposition était fondée sur ce que, Golay étant débiteur de R. et C., ceux-ci pouvaient compenser même avec son cessionnaire, et sur ce que la cession faite par Golay à Clerc était frauduleuse.

Le Juge de paix du Cercle de Chenit ayant refusé son sceau à l'opposition de R. et C. ceux-ci ont recouru au Tribunal cantonal, qui a accordé le sceau.

Motifs: Considérant que R. et C. ne contestent pas l'état de frais en vertu duquel C. a fait la saisie, mais qu'ils critiquent les cessions du dit état de frais et lui opposent l'exception de compensation.

Considérant qu'aux termes de l'art. 131 C.-O. le débiteur peut opposer la compensation lors même que sa créance est contestée, et que, suivant l'art. 189 du dit code, le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui compétaient au moment où il a eu connaissance de la cession.

Considérant que ces deux articles sont applicables à l'espèce, vu les dipositions du 3me alinéa de l'art. 882 C.-O., qui statuent que les faits postérieurs au 1er janvier 1883, notamment la transmission ou l'extinction des obligations nées antérieurement à cette date sont régies par le présent Code.

---

**32.** *Constitut possessoire. Vente frauduleuse. Il y a lieu d'annuler comme frauduleuse une vente consentie pour deux ans, sur des objets laissés en possession du vendeur au moyen d'une location et payés par desavances à prévoir. Art. 202 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 21 août 1883 dans la cause Rapin c. Gervaix.

Par convention écrite du 16 février 1883 Jules Berger, à Begnins, a vendu tout son mobilier à Victor Rapin, à Morges. Cette vente est indiquée faite pour deux ans et les objets vendus ont été laissés en la possession du vendeur au moyen d'une location. Quant au prix, l'acte porte qu'il est payable par des avances à prévoir, dont quittance.

Louis G. ayant, le 13 avril 1883, saisi au préjudice de B. du foin et des tonneaux compris dans cette vente, R. a opposé à cette saisie et revendiqué les objets saisis comme sa propiété.

Le Juge de paix du Cercle de Begnins a écarté ces conclusions et maintenu la saisie.

R. ayant recouru, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant que l'acte de vente du 16 février de la location qui en a été le complément doivent être envisagés comme faits en fraude des droits des créanciers de B.

Que les éléments de la fraude ressortent en effet avec évidence soit de la nature même des objets vendus, B. s'étant dépouillé des meubles et provisions de ménage les plus nécessaires, soit de la durée de cette vente et location.

Vu d'ailleurs l'art. 202, § 2 C.-O.; que c'est dès lors avec raison que le Juge de paix a admis les conclusions de G. et repoussé l'opposition de R.

---

**33.** *Obligations résultant d'actes illicites. Faute non établie. Libération. Art. 50 et 51 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 6 novembre 1883 dans la cause Emery c. frères Roy.

A l'occasion de la fête cantonale des chanteurs vaudois qui a eu lieu à Vevey en été 1883, les frères Marius et Jules Roy, entrepreneurs en cette ville, furent chargés de la construction de la cantine sur la promenade de l'Aile. Pendant que les travaux étaient en cours d'exécution, un concert populaire fut donné le soir du 14 mai sur cette même promenade. L'un des assistants le mécanicier Albert Emery, ayant voulu s'asseoir sur un banc, tomba dans un trou creusé pour recevoir l'une des colonnes de la cantine; cette chute lui occasionna une distorsion du pied et une incapacité complète de travail pendant un mois environ.

Estimant que cet accident était dû à l'insuffisance des précautions prises par les entrepreneurs des travaux, et notamment à l'éclairage imparfait de la place, E. a actionné les frères R. en payement d'une somme de 150 Fr. à titre de dommages-intérêts.

Le Juge de paix du cercle de Vevey ayant débouté le demandeur de ses conclusions, le Tribunal cantonal, auquel il a recouru. a confirmé le jugement.

Motifs: Considérant qu'il résulte des faits dont la preuve a été entreprise par témoins et qui sont en conséquence définitivement acquis au procès que l'éclairage de la promenade de l'Aile était suffisant le 14 mai, jour de l'accident survenu à E.; que les barrières, les matériaux rassemblés et l'éclairage exceptionnel indiquaient bien qu'on ne devait pas utiliser cette partie de la promenade; que chacun savait et voyait qu'on élevait une construction en cet endroit; que la partie de la promenade longeant le lac était entièrement libre, de même que la voie charretière, et que les trous creusés à proximité des bancs avaient été couverts à la fin de la journée par les ouvriers des défendeurs.

Considérant en outre que les défendeurs avaient pris des mesures de précaution pour éviter tout accident, puis qu'il avait été décidé qu'en plus des falots à gaz il serait établi deux lanternes à pétrole.

Considérant que dans ces circonstances l'on ne saurait faire supporter aux frères R. les conséquences de l'accident survenu à E., aucun acte de négligence ou d'imprudence n'ayant été établi au procès à la charge des défendeurs.

Que les art. 50 et 51 C.-O. ne sont dès lors pas applicables à l'espèce.

---

**84.** *Aquilische Culpa. Haftung des Dienstherrn für den durch Fahrlässigkeit eines Fuhrknechts verursachten Schaden. Bemessung des Schadenersatzes bei Zerstörung von Luxusgegenständen. Art. 62 und 51 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 2. October 1883 i. S. Allgemeine Spiegelglasversicherungsgesellschaft in Mannheim c. Emmenegger-Stöcklin.

Ein von dem betrunkenen Knechte E. H. des Beklagten geführter Jauchewagen hatte die Montrescheibe des Tapezierers B. am Klosterberg zertrümmert. Die Klägerin, bei welcher das zerstörte Object zu Fr. 200 versichert war, setzte

auf eigene Rechnung eine neue Scheibe ein, und belangte, nachdem sie sich von B. dessen Rechte gegen den Urheber des Schadens hatte cediren lassen, den Dienstherrn des H., gestützt auf Art. 62 O.-R. Die Zeugenaussagen ergaben, dass H. sich im Allgemeinen ordentlich aufführte und als Pferdeknecht gewisse Vorzüge aufwies, dass aber der Beklagte bei der Einstellung wusste, dass H. von seinem frühern Dienstherrn wegen Trunksucht entlassen worden war.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Nach Art. 62 O.-R. hat der Beklagte zu seiner Entlastung den Beweis zu erbringen, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um den Schaden zu verhüten. Zu dieser vom Geschäftsherrn zu beobachtenden Sorgfalt gehört offenbar auch die erforderliche Umsicht und Vorsicht bei der Anstellung der Arbeiter, und da nun festgestellt ist, dass der Beklagte den H. einstellte, obschon er wusste, dass er von K. wegen Trunksucht entlassen worden war, so muss er für eine durch diesen Fehler des Knechts veranlasste Beschädigung haftbar erklärt werden, in demselben Umfange, wie der Knecht selbst haftet.

Für die Bemessung des Schadenersatzes beruft sich der Beklagte auf die Gerichtspraxis, wonach bei Beschädigung derartiger Luxusgegenstände, welche ein grosses Risiko mit sich bringen, nicht der volle Werth zugesprochen werde. Es ist richtig, dass dieser Grundsatz von der Praxis adoptirt worden ist (vgl. Urtheil des Civilgerichts i. S. Eckert c. Stein vom 29. September 1882; Verhörurtheil i. S. Allgem. Spiegelglasversicherungsgesellschaft in Mannheim c. Buser-Thommen vom 2. Januar 1883) und ebenso, dass Montrescheiben, wie die durch den Knecht H. zerbrochene, zu diesen Luxusgegenständen gezählt werden müssen; der Umstand, dass solche Scheiben allgemein gebräuchlich sind, ändert daran nichts, so lange ihr Werth denjenigen von gewöhnlichen, zum gleichen Zweck dienlichen Scheiben erheblich übersteigt. Der obige Grundsatz kommt indessen nur dann zur Anwendung, wenn die Beschädigung auf ein blos leichtes Verschulden zurückzuführen ist. Wenn aber Jemand in berauschtem Zustande und schlafend mit einem schweren Wagen in der Stadt fährt und dabei Schaden anrichtet, so ist dies eine schwere Fahrlässigkeit, welche unter allen Umständen zur Ersetzung des vollen Schadens verpflichtet.

Was nun die Klägerin zu fordern hat, ist Ersatz — nicht der Versicherungssumme, oder ihrer Kosten für Lieferung der neuen Scheibe — sondern des Schadens, den der Ver-

sicherte durch die Beschädigung erlitt; denn nur als Cessionarin von B. tritt die Klägerin in rechtliche Beziehungen zum Beklagten. Es ist also der Werth der alten Scheibe nebst den Kosten der Einsetzung der neuen zu ersetzen. Die alte Scheibe ist nun nicht mehr vorhanden; es ist aber klar, dass die Klägerin keine kostbarere an ihre Stelle gesetzt haben wird, und da diese neue Scheibe, an Ort und Stelle eingesetzt, also sammt den Einsetzungskosten, von dem beigezogenen Experten auf Fr. 244 geschätzt wird, so erscheint die Klagforderung von nur Fr. 200 als völlig gerechtfertigt.

---

**35.** *Bürgschaft. Wenn der Bürge die Schuldpflicht mit Berufung darauf bestreitet, dass der Gläubiger die Anmeldung der Forderung im Konkurse des Hauptschuldners unterlassen habe, so hat er den Beweis für den ihm hieraus entstehenden Schaden zu leisten und nicht der Gläubiger dafür, dass kein bezw. ein die Schuldsumme nicht erreichender Schaden erwachsen sei. Art. 510 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 30. August 1883 i. S. Graber c. Neuweiler.

Unterm 9. Januar 1879 nahm Johannes Graber bei der Bezirksleihkasse Kreuzlingen ein Darlehen von Fr. 420 auf sechs Monate auf. Als Bürgen und Selbstzahler verpflichteten sich solidarisch — auch für den Fall der Erneuerung — bis zur Rückzahlung der heutige Appellant Baptist Graber und J. B. Zwick. Der Schuldner Joh. G. gerieth unterm 23. Juli 1882 in Konkurs; schon die erste Schatzung auf ihn erlitt einen erheblichen Verlust; alle übrigen Kreditoren gingen leer aus, soweit nicht Einhändigung oder Ueberschlag erfolgte. In diesem Konkurse hat die Leihkasse K. ihre Forderung nicht geltend gemacht. Der Mitbürge Z. gerieth im Oktober 1882 in Konkurs; in demselben wurde die Forderung eingegeben, sowie der Regress auf den Appellanten Bapt. G. und Friedensrichter F. in M., der eine Schatzung habe ablaufen lassen, gewahrt. Die Forderung der Leihkasse K. ist im Wege der Cession auf den Appellaten N. Neuweiler übergegangen.

Der Appellant machte unter Anderm geltend: Im Konkurse des Hauptschuldners sei die Forderung nicht angemeldet worden, deshalb untergegangen. Eventuell müsse der Appellat nachweisen, dass durch diese Nichtanmeldung kein Schaden eingetreten sei.

Die Einreden wurden verworfen.

Motive: Das Obergericht hat sich bereits 1881 dahin ausgesprochen, dass der Gläubiger für den Fall, als der Hauptschuldner in Konkurs gerathen sollte, verpflichtet sei, die Forderung anzumelden oder den Bürgen zu benachrichtigen, damit er seine Rechte wahren könne. Versäume der Gläubiger dies, so verliere er seine Ansprüche gegen den Bürgen und Selbstzahler insoweit, als diesem aus der Versäumniss ein Schaden entstanden sei. Hiemit übereinstimmend sagt Art. 510 O.-R., dass falls der Gläubiger unterlasse, den Bürgen vom eingetretenen Konkurse des Hauptschuldners zu benachrichtigen, er seine Ansprüche gegen den Bürgen in soweit verliere, als diesem aus einer solchen Unterlassung Schaden entstanden sei. Nun fragt es sich: Wer ist beweispflichtig? Hat der Bürge zu beweisen, dass und in wie weit ihm durch die Unterlassung ein Schaden entstanden sei oder der Gläubiger, dass dem Bürgen kein Schaden oder doch ein geringerer Schaden, als die Schuldsumme ausmacht, erwachsen sei. Nach allgemeinen prozessualischen Regeln, wonach der Exzipient für seine Einrede beweispflichtig ist und nach der Fassung des Art. 510 O.-R. (vgl. Schneider Kommentar Nr. 3 zu Art. 510) ist anzunehmen, dass der Bürge den Schaden nachzuweisen habe. Dieser Beweis darf sich selbstverständlich nicht blos auf Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten beziehen, sondern muss ein positives, sicheres, greifbares Resultat ergeben. Im vorliegenden Falle liegt es dem Appellanten ob, diesen Beweis zu führen. Er hat hervorgehoben, dass er sich vielleicht durch Ueberschlag hätte decken oder durch Auswirkung eines Glücksscheins die Möglichkeit einer späteren Realisirung der Forderung verschaffen können. Allein für anderweitige Forderungen hat er selbst den Ueberschlag nicht ausgeübt und wenn auch die Forderung gegenüber dem Hauptschuldner nach thurgauischem Recht untergegangen ist, weil in dessen Konkurs kein Glückschein verlangt wurde, so ist doch im speziellen Falle nicht nachgewiesen, dass und in wie weit dem Appellanten dadurch ein Schaden entstanden sei, dass er gegründete Aussichten auf spätere Realisirung gehabt hätte.

---

### 36. *Spedition. Art. 458 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheile des Civilgerichts vom 13. Juli und des Appellationsgerichts vom 6/13. August 1883 i. S. E. Dorner c. N. M. Crowe, Agentur der „Great Eastern Railway Company."

Die beklagte Agentur betreibt Speditionsgeschäfte nach England zu festen Uebernahmspreisen und mit vertragsmässigen Fristen. Am 15. November 1882 übergab ihr Kläger eine Kiste Seidenbänder nach Glasgow. Die Spedition sollte per Eilfracht vor sich gehen und demnach der Transport gemäss den Uebernahmsbedingungen der Beklagten 4—5 Tage in Anspruch nehmen. Nach der Ankunft in London wurde die Waare von der mit der Weiterspedition beauftragten Verwaltungsstelle des „Great Eastern Railway" unrichtigerweise nach Belfast gesandt. In Folge der hierdurch entstandenen Verzögerung kam die Waare mit 30 Tagen Verspätung in Glasgow an, so dass die Firmen, für welche die Sendung bestimmt war, dieselbe nur mit 20% Rabatt annehmen wollten. Kläger, dem seine Auftraggeber diesen Rabatt belasteten, verlangt nun von der Beklagten Ersatz desselben.

Beklagte verweist auf einen Revers, welchen Kläger unterm 14. November 1881 mit Bezug auf die durch Vermittlung der hiesigen Agentur nach England versandten Waaren ausgestellt hat und worin er unter anderem Folgendes erklärt:

„Nous admettons et nous reconnaissons que les marchandises sont transportées selon les conditions et règlements et sous la responsabilité particulière de chaque administration participant au transport."

Nun enthalte der massgebende Tarif für den directen Güterverkehr zwischen London und Harwich einerseits und den Stationen der südwestlichen Eisenbahnen anderseits in Art. 24 folgende Bestimmung:

„Für Versäumung der Lieferfrist vergütet die Eisenbahn bei Eilgütern, wenn die Verspätung mehr als drei Tage beträgt, die Hälfte der Fracht. Will sich der Verfrachter eine höhere Entschädigung sichern, so liegt demselben ob, diesen Betrag mittelst Deklaration auf dem Frachtbrief an der dazu bestimmten Stelle zu versichern und den durch die verspätete Ablieferung wirklich entstandenen Schaden auf Verlangen der Eisenbahnverwaltung nachzuweisen. Im Falle der Deklaration des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung hat der Versender bezw. Empfänger einen Frachtzuschlag zu entrichten."

Kläger habe aber die Waare nicht versichert und könne daher blos Anspruch machen auf die Hälfte der Fracht d. h. Fr. 19. 40. — Beklagte verlangt demnach Abweisung über diesen Betrag. Eventuell bestreitet Beklagte die Höhe der klägerischen Ersatzforderung. — Kläger macht hingegen geltend, dass der Fehler gar nicht auf der Strecke für welche der

Tarif gelte, stattgefunden habe, sondern erst in London, am Endpunkt der Bahn, bei derjenigen Verwaltungsstelle, welche als Spediteur den Weiterversandt zu besorgen habe. Diese aber unterliege den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Haftbarkeit des Frachtführers. Hinsichtlich der Höhe des Schadens verweist Kläger auf die producirten Belege und beantragt eventuell, falls diese nicht genügen sollten, Befragung von Sachverständigen.

Die Klage wurde vom Civilgericht **gutgeheissen.**

Motive:

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass, sofern der beklagtische Tarif anwendbar ist, die Klage abgewiesen werden muss, da Kläger sein Interesse an der rechtzeitigen Lieferung nicht besonders versichert hat. Am Schlusse des Tarifs findet sich nun folgende Bestimmung:

„Obgleich dieser Tarif nur die Stationen London und Harwich enthält, können die Güter doch unter Benutzung desselben bis zu diesen Stationen nach und von allen Stationen im Innern Englands expedirt werden."

Danach wäre, abgesehen von besondern Vereinbarungen der Tarif auch für die Weiterspedition nach Glasgow anzuwenden. Allein eine solche besondere Vereinbarung liegt nun im vorliegenden Fall in der That vor.

Durch jenen Revers vom 14. November 1881 hat Beklagte ausdrücklich stipulirt, dass der Transport nicht etwa ausschliesslich nach dem Reglement des „Great Eastern Railway", sondern nach den Bedingungen und Reglementen und unter der besondern Verantwortlichkeit jeder am Transport betheiligten Verwaltung stattzufinden habe. Es ist dadurch also die Geltung des Tarifs des Beklagten ausdrücklich auf die darin enthaltene Bahnstrecke eingeschränkt worden. Nun reicht dieser Tarif aber blos bis London. Von dort weg hat die von der Beklagten vertretene Bahn allerdings die weitere Beförderung übernommen, aber nicht in ihrer Eigenschaft als Bahn, sondern in der Stellung eines blossen Spediteurs. Sie ist also mit Bezug auf diese Weiterbeförderung, soweit andere Transportanstalten in Anspruch genommen wurden, den speziellen Reglementen dieser letztern, soweit sie selbst handelnd eingetreten ist, den gewöhnlichen Rechtssätzen des Frachtvertrags unterworfen.

Aus den Akten ergiebt sich nun, dass die Beförderung der Waare nach Belfast nicht durch eine von der Beklagten benützte Bahn, sondern durch den mit der Spedition beauf-

tragten Beamten oder Agenten, welcher die unrichtige Adresse aufgab, verschuldet worden ist; Beklagte haftet also nach den Grundsätzen des gewöhnlichen Frachtvertrags (vergl. Art. 458 O.-R.) auf das volle Interesse.

Vom Appellationsgericht wurde die Klage abgewiesen.

Es muss dem erstinstanzlichen Urtheil insofern beigestimmt werden, dass die Bestimmungen des von dem Beklagten ins Recht gelegten Reglements resp. Tarifs im vorliegenden Fall auf die ganze Route von Basel bis Glasgow anzuwenden seien. Der Schlusssatz dieses Reglements ist nicht mit dem Kläger dahin auszulegen, dass auch im Fall eines Weitertransportes ins Innere Englands der Tarif doch nur bis zu den genannten beiden Stationen Geltung beanspruchen könne, sondern vielmehr mit dem Urtheil dahin, dass wenn der Transport bis in das Innere Englands ausgedehnt werde, dann auch der Tarif in der entsprechenden Ausdehnung anzuwenden sei. Diese Auffassung der fraglichen Bestimmung wird auch durch den französischen Wortlaut derselben unterstützt, welcher ganz allgemein lautet: Quoique ce tarif ne comprenne que les stations de Harwich et de Londres, les marchandises peuvent être expediées de ou vers toutes les stations de l'intérieur de l'Angleterre. Sie wird ferner unterstützt durch den Umstand, dass auf der bei den Akten liegenden Preisofferte des Beklagten vom 16. Oktober 1882 die Gesammtfrachten von Basel bis zu den Stationen im Innern Englands auf Grund des Tarifs in Einheitspreisen angesetzt sind und dass die Fracht im vorliegenden Fall nach diesen Ansätzen durch den Kläger berechnet und hier in Basel durch den Beklagten zu bezahlen ist.

Was dann aber den vom Civilgericht seinem Urtheile zu Grunde gelegten Revers betrifft, auf welchen sich übrigens der Kläger weder in I. noch in II. Instanz berufen hat, so kann derselbe doch keinen andern Sinn haben, als dass die Absender sich den Reglementen der spedirenden Bahnen unterwerfen wollen, in erster Linie also dem gemeinschaftlichen Reglement sämmtlicher Verbandbahnen, in zweiter Linie aber den speziellen Reglementen der einzelnen Bahnen, soweit sie eben nicht durch das gemeinschaftliche Reglement ausgeschlossen sind. Der wesentliche Inhalt dieses Reverses ist auch auf der bereits erwähnten Preisofferte des Beklagten vom 16. Oktober 1882 enthalten. Nachdem dort zuerst die Ansätze für den Gesammtransport von Basel nach den Stationen des innern Englands auf Grund des Tarifs angegeben sind, heisst es dann unter den Anmerkungen: „Les expéditions se font aux conditions réglémentaires des chemins de fer em-

ployés.“ Von einem Gegensatze zum Tarif und von einem Verzicht auf reglementarische Bestimmungen desselben kann somit bei dieser Klausel nicht die Rede sein.

Ist nun aber der Tarif auf den ganzen Transport von Basel bis Glasgow anzuwenden und hat die Verspätung auf dieser Route stattgefunden, so ist der Beklagte nach Art. 24 des Tarifs nur verpflichtet, die Hälfte der Fracht zu vergüten. Eine solche vorausbedungene Beschränkung der Haftpflicht kann um so weniger beanstandet werden, wenn, wie im vorliegenden Fall, derselbe Tarif dem Versender die Gelegenheit offen stellte, sich durch Erlegung eines kleinen Frachtzuschlages den Ersatz des vollen nachweisbaren Schadens zu sichern.

Kläger wird mit seiner Klage, soweit sie über den Betrag der halben Fracht hinausgeht, abgewiesen.

---

**37.** *Unfallversicherung. Ausschluss der Haftung der Versicherungsgesellschaft für einen in Folge Nichtbeachtung des § 15 des Eisenbahntransportreglements vom 9. Juni 1876 eingetretenen Unfall (Einsteigen in einen bereits in Bewegung befindlichen Bahnzug).*

**Thurgau**: Urtheil des Obergerichts vom 26. September 1883 in Sachen Rhenania c. Wittwe Gallusser.

Der Ehemann der Appellatin, Lederhändler Gallusser in Romanshorn war bei der Appellantin für Fr. 10,000 gegen Tod durch Unfall versichert. Er verunglückte am 17. März 1883 auf der Eisenbahnstation Arnegg, indem er beim Einsteigen in den bereits im Fahren begriffenen Bahnzug zwischen Eisenbahnwagen und Rampe gerieth und erdrückt wurde. Die Appellatin beanspruchte die Versicherungssumme, weil das Unglück sich deshalb ereignet habe, dass ihr Ehemann zufällig von der Rampe erfasst worden sei.

Die Appellantin verweigerte die Zahlung der Versicherungssumme gestützt auf § 4 der Versicherungsbestimmungen, welcher den Passus enthält: „Die Versicherung gilt nicht für Unfälle, welche der Versicherte sich selbst durch grobe Fahrlässigkeit oder durch Nichtbeachtung der für den Schutz von Leben und Gesundheit bestehenden öffentlichen Gesetze oder Sicherheitsvorschriften zuzieht.“

Die erste Instanz fand, im blossen Besteigen eines eben im Anfahren begriffenen Zuges liege keine solche Fahrlässigkeit oder ernstliche Verletzung des Transportreglements, welche

die Beklagte von der Pflicht zur Zahlung der Versicherungssumme entbinden könnte. Der übrige Thatbestand sei bestritten, das Vorverfahren entspreche nicht den Bestimmungen über Zeugenbeweisverfahren. Deshalb wurde der Appellatin der Beweis durch Zeugen auferlegt, dass G. nicht in Folge eigener grober Fahrlässigkeit und nicht in Folge einer ernstlichen Verletzung des Transportreglements verunglückt sei und gleichzeitig der Appellantin der Gegenbeweis durch Zeugen geöffnet. — Das Gericht behielt sich freie Würdigung des Beweisverfahrens nach allen Richtungen vor.

In zweiter Instanz wurde die Klage dagegen ohne Weiteres abgewiesen.

Motive: Das Obergericht ist an den Wortlaut des abgeschlossenen Versicherungsvertrags gebunden. Es lautet derselbe ausserordentlich ungünstig für die appellatische Partei, indem für sehr viele Fälle die Entschädigung wegen Unfalls wegbedungen wird. Möglich ist, dass der verstorbene G. bei Abschluss der Versicherung sich nicht genau darüber orientirte, dass die Fälligkeit der Versicherungssumme so verklausulirt sei; allein er hat die Vertragsbedingungen eingegangen und sind desshalb auch seine Hinterlassenen daran gebunden.

Ob im Vorgehen des verstorbenen G. eine grobe Fahrlässigkeit gelegen habe, ist nach der jetzigen Actenlage allerdings noch zweifelhaft; dagegen steht jetzt schon fest, dass er die Sicherheitsvorschriften, welche für den Schutz von Leben und Gesundheit aufgestellt sind, nicht beachtet hat. § 15 des Transportreglements für die schweiz. Eisenbahnen, genehmigt vom Bundesrath unterm 9. Juni 1876 schreibt vor: „Nachdem die Wagen in Bewegung gesetzt sind, ist jeder Versuch zum Einsteigen untersagt.“ Diese Bestimmung ist zur Sicherheit von Leben und Gesundheit des reisenden Publikums aufgestellt. Der verstorbene G. hat sie nicht beachtet, infolge der Nichtbeachtung ist ihm der Unfall zugestossen und somit gilt die Versicherung für diesen Unfall nicht.

Ob die Vorschrift des Bahnreglements strikte gehandhabt werde oder nicht, ist für den vorliegenden Fall irrelevant: die Vorschrift besteht und der Versicherte der Rhenania, welcher sie übertritt, thut dies auf sein eigenes Risiko, die Versicherungssumme nicht zu erhalten, falls ihm durch die Uebertretung ein Unfall zustösst. Es fragt sich schliesslich, ob auch der Kausalzusammenhang erstellt, resp. der Unfall wegen der Nichtbeachtung der Reglementsvorschrift erfolgt sei. Es ist nun allerdings gedenkbar, dass das Unglück sich nicht ereignet hätte, wenn der Zug auf der Station Arnegg nicht

auf dem Rampengeleise gefahren wäre; allein so viel ist klar, dass wenn der verstorbene G. nicht in den bereits im Anfahren begriffenen Zug hätte einsteigen wollen, er nicht zwischen Bahnzug und Rampe erdrückt worden wäre. Die Verletzung des Reglements, welche zugegeben werden muss, hat den Unfall veranlasst.

---

**38.** *Wechselrechtliche Execution. Dieselbe findet auch dann statt, wenn der Schuldner bei Eingehung der Wechselverbindlichkeit zwar nicht im Handelsregister eingetragen, aber zur Eintragung verpflichtet war. Art. 720 Abs. 2 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 3. August 1883 i. S. Fröhlich c. Uhlmann.

Der Richter erster Instanz wies das von Fröhlich in R. gestellte Gesuch um Bewilligung des schnellen Rechtstriebs (wechselrechtliche Execution) für einen von F. Uhlmann in R. unterm 28. März 1883 ausgestellten Wechsel ab, weil F. U. am genannten Tage nicht im Handelsregister eingetragen war und sich erst am 29. März hierfür angemeldet hatte.

Der von Fröhlich hiergegen erhobene Rekurs wurde begründet erklärt.

Motive: Es kommt in Betracht, dass U. gemäss Art. 865 Abs. 4 O.-R. in seiner Eigenschaft als Fabrikant ganz unzweifelhaft verpflichtet war, sich in's Handelsregister eintragen zu lassen. Freilich kann dem Umstande, dass der Gesetzgeber eine Frist zur Eintragung bis Ende März d. J. festgesetzt hat, nicht, wie Rekurrent meint, die Bedeutung beigelegt werden, es habe das kantonale Recht bis dahin für die Frage der Wechselexecution als gültig betrachtet werden wollen; vielmehr kommt hier nach Art. 901 O.-R. unzweifelhaft dieses Gesetz unter dessen Herrschaft die Unterzeichnung des fraglichen Wechsels erfolgt war, zur Anwendung. Dagegen wäre es auf der anderen Seite zu weit gegangen, wenn man aus Art. 720 l. 2 und 901 eod. den allgemeinen Satz ableiten wollte, dass überall da wechselrechtliche Execution nicht zulässig sei, wo sich ergibt, dass zur Zeit der Unterzeichnung der Wechselschuldner nicht in's Handelsregister eingetragen war. Vielmehr ist für die Fälle eine Ausnahme anzunehmen, wo der Schuldner gesetzlich zur Eintragung verpflichtet war, denn es ist nicht wohl anzunehmen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, an eine von

ihm allerdings geduldete Unterlassung Folgen zu knüpfen, welche nicht dem säumigen Schuldner, sondern dem dritten Wechselgläubiger, welchem seinerseits eine Kontrole darüber, in welchem Zeitpunkt die Eintragung erfolgt sei, nicht wohl zugemuthet werden kann, zur Last fallen. (Vgl. Hafner Kom. zu Art. 720.) Wäre die Vorschrift des Art. 720 l. 2 als eine strikte, alle Fälle umfassende zu betrachten, so hätten wir die eigenthümliche Erscheinung, dass einerseits dem Kaufmann die Möglichkeit geboten wäre, seine Creditbedürfnisse nach wie vor im Wechselverkehr zu befriedigen, dass derselbe dagegen anderseits durch Unterlassung der Eintragung ins Handelsregister bewirken könnte, dass seine Verpflichtungen aus diesem Verkehr zum Schaden des dritten Wechselinhabers wesentlich abgeschwächt werden, soweit die Periode vom 1. Januar d. J. bis zum Zeitpunkte der Eintragung in Frage steht. Diese Meinung kann der Gesetzgeber kaum gehabt haben und es ist im Gegentheil anzunehmen, die Bestimmung des Art. 720 l. 2 mit Beziehung auf Kaufleute, die zur Eintragung in's Handelsregister gesetzlich verpflichtet wurden, sei dahin aufzufassen, dass hinsichtlich der processualischen Wechselstrenge der Zeitpunkt entscheidend ist, in welchem jene Verpflichtung zuerst bestanden hat. (Vgl. auch Art. 860 O.-R.).

---

**39.** *Billet à ordre. Recours contre les endosseurs. Protêt dressé par un mandataire. Prescription du recours du porteur. Art. 158, 394, 762, 804, 827 et 838 C. O.*

*Le protêt ne peut être dressé que par ceux qui sont légitimes porteurs du billet en vertu d'endossements. Le mandataire ne peut en son nom comme mandataire du porteur ni faire dresser le protêt ni poursuivre devant les tribunaux le paiement du billet. Le terme d'un mois pour le recours du porteur est une prescription qui ne peut être interrompue que par un acte réel de poursuite. Le terme supplémentaire de l'art. 158 n'est pas applicable au cas d'un protêt fait en dehors du délai de l'art. 762, car il s'agit d'un vice irréparable.*

**Genève.** Jugement du tribunal de commerce du 4 octobre 1883 dans la cause Fherrenbach et Cie. c. Krebs, Oppliger et Weber.

Fherrenbach et Cie. requierent le paiement de la somme de 306 francs 95 cts. pour montant, avec frais, d'un billet à ordre souscrit par Krebs à l'ordre d'Oppliger, qui l'a endossé à Weber, qui aux demandeurs, lesquels en sont porteurs. Oppliger et Weber concluent à leur déboutement, avec depens.

Quant à K.: Attendu qu'il est souscripteur du billet dont il s'agit et qu'au surplus il fait défaut: Vu les art. 828, § 3 et 838 C. O.

Quant à O. et W.: Attendu que le billet dont il s'agit, souscrit le 23 janvier dernier, est échu le 23 avril suivant et que n'étant pas payé le protêt a été dressé le lendemain;

Attendu toutefois que ce protêt a été fait à la requête de Nicole et Næf régisseurs au nom de F. et Cie.;

Attendu que par assignation du 8 mai, N. et N. assignèrent les défendeurs à comparaitre devant le tribunal ensuite de fixation de délai du président, à l'audience du 25 juin suivant.

Attendu que, le 13 juin dernier, F. et Cie. ensuite de nouvelle fixation de délai rendue par le président assignèrent, pour les mêmes causes, les défenseurs à l'audience du 6 août suivant et que l'exploit porte expressément cette mention: „La présente assignation annulant celle faite à la requête de N. et N. q. q. a."

Attendu qu'aux termes de l'art. 762 C. O. protêt doit être dressé au plus tard le second jour non ferié après celui de l'échéance.

Attendu que la loi ne dit pas à la requête de qui il doit être dressé, mais que le bon sens seul indique qu'il ne peut l'être qu'à celle du porteur du billet échu;

Attendu neanmoins que le demandeurs essaient de soutenir qu'il pouvait être dressé à la requête des mandataires de F. et Cie., lesquels sont, en vertu d'endossement en blanc, les légitimes porteurs du dit billet;

Attendu que, pour soutenir ce système, ils arguent de l'art. 394 C. O. lequel dans son paragraphe 2 est ainsi conçu: „Le mandataire ne peut sans des pouvoirs exprès, intenter un procès, transiger, compromettre etc." N. et N. disent-ils, avaient notre mandat de poursuivre le paiement du billet en question, ils pouvaient donc le faire protester, comme ils l'ont fait, et assigner en leur nom de mandataires.

Attendu que l'art. 394 sus visé ne doit pas être interprété ainsi; que le faire, ce serait mettre à néant la règle primordiale du droit que „nul ne plaide par procureur" et que ce qu'a voulu dire le législateur suisse, c'est que le mandataire ne peut intenter un procès, au nom personnel de son mandat, comme demandeur, que lorsqu'il en a reçu des pouvoirs exprès;

Attendu, dès lors, que cette interprétation admise, soit le protêt soit l'assignation faite à sa suite, par N. et N., au

nom de Fh. et Cie., ne sauraient être considerés comme réguliers, qu'ils sont par conséquent, nuls et non avenus;

Attendu qu'aux termes du même art. 762 déjà cité, lequel est applicable soit aux billets de change, soit aux billets à ordre, suivant les art. 827 et 838, pour qu'un recours, faute de paiement, puisse être exercé contre les endosseurs, il faut que le défaut de paiement ait été constaté par protêt en temps utile;

Attendu que de ce qui précéde il résulte que le protêt qui a été dressé étant nul, cette constatation doit être considérée comme n'ayant pas été faite.

Attendu, au surplus, que même pût-on admettre, — ce qui n'est point le cas, — que le protêt dont il a été parlé satisfait aux règles de la loi, la demande de F. et Cie. ne serait pas d'avantage admissible;

Attendu, en effet, qu'aux termes de l'art. 804 C.-O.; le recours du porteur se prescrit par un mois dès le jour du protêt, si le billet est payable en Suisse;

Attendu que ce protêt, comme il a été dit plus haut, est daté du 24 avril dernier et que l'assignation de F. et Cie. annulant celle de N. et N., est du 13 juin suivant, soit un certain nombre de jours après la prescription courue;

Attendu que, dans l'intervalle, il n'y a eu aucune interruption de cette prescription par l'effet d'une action ou d'une exception, comme le permet l'art. 157. C.-O.;

Attendu que c'est en vain que le demandeurs arguent que la prescription n'était pas acquise 30 jours à partir du protêt, parceque disent-ils, ce terme a été prorogé en vertu de l'ordonnance de fixation de délai du président du tribunal;

Attendu que ce système, à supposer qu'on pût le prendre comme bon, tomberait devant les faits, puisque la première ordonnance de fixation de délai étant datée du 7 mai et la seconde du 8 juin, la prescription, qui aurait été interrompue, aurait récommencé à courir à partir du 7 mai dernier et était ainsi acquise lors de la seconde ordonnance.

Attendu encore que la prescription n'était pas avantage interrompue par poursuites du créancier, selon le voeu de l'art. 154 C.-O., puisque l'assignation et N., qui eût ce resultat si elle avait été régulière, doit être considérée comme nulle, ainsi que cela a été dit plus haut.

Attendu, enfin, que ce n'est point ici le cas d'appliquer l'art. 158 C.-O. qui accorde un délai supplémentaire de 60 jours au créancier pour faire valoir ses droits lorsque l'action a été rejetée pour vice de forme susceptible d'être couvert,

puisqu' ici le vice de forme dont s'agit — le protêt régulièrement fait — ne peut être réparé;

Attendu, dès lors, que de ce que dessus il résulte que les demandeurs ne sont plus recevables dans leurs conclusions contre W. et O. et qu'ils doivent en être déboutés.

---

**40.** *Bundesgesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit. Art. 8 Abs. 1. Der Verzicht auf die Dispositionsfreiheit bezüglich einzelner Vermögenstheile ist zulässig.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 25. September 1883 i. S. Armenpflege Winterthur c. Näf.

Nach der Armenordnung der Stadt Winterthur ist, was ein Pfründer in der Pfrundanstalt hat, nach dessen Tod Eigenthum der Anstalt. Die Verwaltung und Beaufsichtigung eines allfälligen weitern Vermögens steht der Armenpflege in dem Sinne zu, dass das freie Verfügungsrecht des Pfründers über den Kapitalbestand seines Vermögens aufhört, wogegen der Zinsertrag ihm ungeschmälert zu überlassen ist. Gestützt auf diese Bestimmung verlangt die bürgerliche Armenpflege Winterthur, dass dem N., der als Pfründer in der Anstalt aufgenommen worden, die Notariatskanzlei gesperrt würde, da derselbe ein Anleihen auf seine Liegenschaften habe aufnehmen wollen und bemüht gewesen sei, seine Reben zu verkaufen. Dem Gesuche wurde erstinstanzlich entsprochen.

Zur Begründung des Rekurses ist angeführt, die erstinstanzliche Entscheidung stehe im Widerspruch mit Art. 8 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit.

Der Rekurs wurde abgewiesen.

Motive. Der Ausführung, dass § 15 der Armenordnung im Widerspruch stehe mit Art. 8 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, kann nicht beigetreten werden. Allerdings liegt hier keiner der in Art. 5 des cit. Bundesgesetzes erwähnten Fälle vor und bestimmt Art. 8, dass Volljährige aus andern Gründen in ihrer persönlichen Handlungsfähigkeit nicht beschränkt werden können. Allein es handelt sich hier gar nicht um eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit, indem ja dem Rekurrenten die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen, immer noch zusteht, nach seinem Eintritte in's Pfrundhaus gerade so gut wie vorher. Die Handlungsfähigkeit ist nicht beschränkt worden. Es ist

ihr nur, wie der Commentar von Schneider zu Art. 8 sich ausdrückt, ein Object entzogen worden. Eine solche Verringerung der Dispositionsbefugniss in gewissen Fällen festzusetzen, steht der kantonalen Gesetzgebung zu und eine diesfällige Gesetzesbestimmung ist daher nicht im Widerspruche mit dem Bundesgesetze, welches allerdings zwingender Natur ist.

Uebrigens liegt in der Beschränkung der Dispositionsbefugnisse, wie sie in § 15 der Armenordnung festgesetzt ist, keinerlei mit modernen Rechtsbegriffen unvereinbare Härte, sondern vielmehr eine Massnahme, welche im Interesse der Selbsterhaltung der betreffenden wohlthätigen Anstalt getroffen wurde; denn nach § 15 al. 1 eod. wird das der Anstalt übergebene Geld des Pfründers erst nach dem Tode des Letztern Eigenthum der Anstalt; es könnte daher durch ungeschickte Manipulationen des Pfründers bewirkt werden, dass der Anstalt das ihr anvertraute Gut durch Pfändung etc. entzogen und sie dadurch geschädigt würde, weil die Einkaufssumme gemäss § 13 lit. b wesentlich mit Rücksicht darauf berechnet wird, dass ein bestimmtes Vermögen des Pfründers nach dessen Tod der Anstalt anheimfallen werde. Die Pfrundanstalt hat mit andern Worten ein unmittelbares Interesse daran, dass auch das den Erben dereinst zufallende Vermögen nicht geschmälert werde.

---

**41.** *Bundesgesetz betr. Civilstand und Ehe. Art. 56. Für die Anhandnahme einer Scheidungsklage zwischen Angehörigen des deutschen Reiches ist eine förmliche Erklärung der kompetenten deutschen Amtsstelle, dass das zu erlassende Urtheil in der Heimat anerkannt und vollzogen werde, erforderlich und die Vorschriften der deutschen Civilprocessordnung §§ 568, 660 und 661 dispensiren hievon nicht.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 6. September 1883 i. S. des Heinrich Meletta von Mainz, wohnhaft in Hottingen, gegen Wilhelmine Meletta, geb. Stolz, von Lahr (Baden), wohnhaft daselbst.

Motive: Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe schreibt vor, dass eine Scheidungsklage in Bezug auf Ehen zwischen Ausländern von den Gerichten nur angenommen werden dürfe, wenn nachgewiesen wird, dass der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkenne. Dieser Nachweis kann erbracht werden durch

eine Erklärung der zuständigen Beamtung für den einzelnen Fall, oder durch Hinweis auf die Landesgesetzgebung des betreffenden Staates oder durch Anführung eines Staatsvertrages.

Im vorliegenden Fall stützt sich Kläger auf die deutsche Reichsgesetzgebung, speciell Art. 13 und 17 der deutschen Civilprocessordnung; allein damit, dass eine Processordnung für gewisse Klagen einen gewissen Gerichtsstand für das Inland aufstellt, ist noch nicht gesagt, dass nun auch jedes von einem ausländischen Gerichte, das nach gleichen Grundsätzen zuständig wäre, ausgefällte Urtheil als vollstreckbar anerkannt werde. Ueber die Vollziehung ausländischer Urtheile bestehen vielmehr jeweilen besondere Bestimmungen, für Deutschland in Art 660, 661 der C.-P.-O.

In dem Art. 661 sind die Fälle aufgezählt, in welchen der deutsche Richter die Vollstreckung nicht bewilligen darf. Ziffer 1—4 dieser Aufzählung trifft im vorliegenden Processe unzweifelhaft nicht zu. Dagegen könnte vielleicht der deutsche Richter annehmen, es sei die Gegenseitigkeit nicht verbürgt (Zif. 5 des.); denn wenn auch der Kanton Zürich Gegenseitigkeit zusichert, so könnte dasselbe nicht von allen andern Schweizerkantonen ohne Weiteres gesagt werden und der ausländische Richter wird deshalb geneigt sein, die Schweiz als Ganzes aufzufassen, und aus dem Grunde mangelnder Gegenseitigkeit dem schweizerischen Urtheil die Vollstreckung zu versagen. — Abgesehen aber hiervon ist auch in dem citirten Gesetzesparagraphen dem deutschen Richter die Pflicht nicht auferlegt, in allen andern, in Ziffer 1—5 nicht enthaltenen Fällen ausländische Urtheile zu vollstrecken, es bleibt vielmehr der Erlass des Vollstreckungsurtheils immer noch in sein Gutfinden gelegt. Dass in Deutschland selber die Ansicht, schweizerische Scheidungsurtheile seien schon zu Folge der Vorschriften der Reichscivilprocessordnung dort vollstreckbar, nicht getheilt wird, erhellt am besten aus den diplomatischen Verhandlungen zwischen der Schweiz und Deutschland über einen Staatsvertrag bezüglich gegenseitiger Urtheilsvollstreckung (B.-B. 1883, II, 835 ff.).

Die besondere Erklärung des Landgerichts Mainz ist von der ersten Instanz richtig gewürdigt worden und es ist daher einfach die Klage wegen Incompetenz von der Hand zu weisen. — Diese Erklärung beginnt mit einer näheren Ausführung der Bestimmung des § 568 der deutschen C.-P.-O., bemerkt sodann, dass unter der thatsächlichen Voraussetzung des festen Domicils des beklagten Ehemannes im Kanton

Zürich ausschliesslich das zürcherische Gericht für die Scheidungsklage zuständig sei und „nach §§ 660 und 661 C.-P.-O. die Vollstreckung des zürcherischen Urtheils bedingungslos erwirkt werden könne", schliesst dann aber mit den Worten: „Dagegen sind wir nicht in der Lage einen förmlichen Anerkennungsausweis zu Handen des zürch. Gerichtes auszustellen". Das Bezirksgericht erblickte im ersten Theile des Attestes eine blosse Wiederholung des in § 568 der C.-P.-O. Gesagten, welche so wenig als diese Gesetzesstelle dem Art. 56 des Ehegesetzes Genüge leiste und fand im Schlusssatz geradezu die Verweigerung der förmlichen Anerkennung des Urtheils.

---

**42.** *Ehescheidung. Verlust des kantonalen Rechtsmittels der Kassationsbeschwerde in Folge Rekurses an das Bundesgericht. Die Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein vom Bundesgericht bestätigtes Scheidungsurtheil der zürcher. Appellationskammer ist unzulässig und zwar auch mit Bezug auf jene Theile des Dispositivs, für welche das kantonale Recht massgebend ist und welche deshalb gar nicht Gegenstand der Ueberprüfung seitens des Bundesgerichts waren.*

**Zürich.** Urtheil des Kassationsgerichtes vom 6. August 1883 i. S. Nievergelt c. Weber gesch. Nievergelt.

Durch Urtheil vom 18. Januar 1883 erkannte das Bezirksgericht Meilen: a) „die Eheleute Nievergelt sind gänzlich geschieden. Art. 47 des Bundesgesetzes betreffend die Ehe; b) die Klägerin ist berechtigt, falls der Beklagte später zu Vermögen gelangen sollte, auf Entschädigung wegen verschuldeter Scheidung zu klagen." Auf die Berufung des Beklagten und auf die Anschlussappellation der Klägerin entschied die Appellationskammer des Obergerichts durch Urtheil vom 8. März 1883 dahin: a) „die Eheleute Nievergelt-Weber werden auf Grund des Art. 45 des eidgenössischen Ehegesetzes geschieden; b) der Beklagte ist verpflichtet, wenn er später zu Vermögen kommen sollte, der Klägerin wegen verschuldeter Scheidung eine Entschädigung von Fr. 1500 zu bezahlen; c) die erst- und zweitinstanzlichen Kosten werden den Parteien zu gleichen Theilen und unter gegenseitiger subsidiärer Haft für Baarauslagen aufgelegt und die der Klägerin von der ersten Instanz zugesprochene Processentschädigung wird aufgehoben."

Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht von der Ansicht ausgehend, die

nach eidgenössischem Recht zu beurtheilende Frage des Verschuldens sei von den kantonalen Gerichten unrichtig entschieden worden. Seine Anträge lauteten: 1) „Es sei die Scheidung nicht auf Grund des Art. 45, sondern gestützt auf Art. 47 des einschlägigen Bundesgesetzes auszusprechen; 2) es sei unter allen Umständen, gleichwie ob die Scheidung gemäss Art. 45 oder gemäss Art. 47 ausgesprochen werde, dem Ehemann nicht das ausschliessliche oder überwiegende Verschulden an der Scheidung beizumessen; 3) es sei demgemäss die sub Ziffer 5 des angefochtenen Urtheils der Klägerin zugesprochene Entschädigung von Fr. 1500 aufzuheben." — Unterm 20. April 1883 erkannte das Bundesgericht: „Auf den ersten Rekursantrag des Beklagten wird nicht eingetreten und es wird, in Abweisung der übrigen Rekursanträge desselben, das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. März 1883 in allen Theilen bestätigt."

Nunmehr erhob der Anwalt des Beklagten innert der Frist des § 706 der zürcher. Rechtspflege beim Kassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urtheil der Appellationskammer, gestützt auf § 704, Ziff. 6, 7 und 9 der zürcher. Rechtspflege. Dabei wurde das Hauptgewicht auf folgenden neuen Antrag gelegt: „Es sei das Dispositiv des Urtheils der Appellationskammer, durch welches der Klägerin und Kassationsopponentin eine auf Fr. 1500 fixirte Entschädigung zugesprochen wurde, aufzuheben und statt dessen der im Urtheil der ersten Instanz gemachte Vorbehalt wieder herzustellen." — Dieser Antrag wurde damit begründet, dass die nach § 219 bezw. 215 des zürcher. privatrechtlichen Gesetzbuches im vorliegenden Falle unzulässige Fixirung des Entschädigungsanspruchs gegenüber dem gegenwärtig noch vermögenslosen Ehemanne eine Verletzung klaren materiellen Rechtes im Sinne des § 704 Ziff. 9 Rechtspflege enthalte. Diese rein kantonale Frage sei trotz des bundesgerichtlichen Entscheides völlig intact. Vor Bundesgericht habe man darüber gar nicht verhandelt, wie denn auch das Urtheil ausdrücklich anerkenne, dass in Beziehung auf das Quantitativ der Entschädigung das kantonale Recht massgebend sei, so dass in dieser Beziehung eine Ueberprüfung des Bundesgerichts nicht Platz greife.

Das Kassationsgericht wies die Beschwerde als unstatthaft zurück.

Motive: Die Scheidungsklagen gehören, weil auf dem Bundesgesetze betreffend Feststellung und Beurkundung des Civilstandes und der Ehe beruhend, zu denjenigen Rechtsstreitigkeiten, in welchen nach Art. 29 des Bundesgesetzes über

die Organisation der Bundesrechtspflege jeder Partei das Recht geöffnet ist, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheiles nachzusuchen. Nach Art. 30, lemma 4 des cit. Bundesgesetzes hat das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen.

Im Gegensatz zu der durch das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege gegebenen Stellung und Aufgabe des Kassationsgerichtes erscheint daher das Bundesgericht in solchen Fällen als eigentliche Rekurs- oder Appellationsinstanz und es ist Sache der Parteien, sich darüber vorher schlüssig zu machen, welches der beiden ihnen neben einander zu Gebote stehenden Rechtsmittel (Kassationsbeschwerde oder Rekurs an das schweizerische Bundesgericht) sie benutzen wollen. Wenn nun, wie im vorliegenden Falle eine Partei — der heutige Kassationspetent — in erster Linie das Rechtsmittel des Rekurses an das schweizerische Bundesgericht wählt, dessen Urtheilsfällung abwartet und dann erst — immerhin noch innerhalb der gesetzlichen Frist von 60 Tagen — die Nichtigkeitsbeschwerde erhebt, so kann es sich für das Kassationsgericht nicht mehr um ein Urtheil des Obergerichtes oder seiner Kammern im Sinne des § 704 der Rechtspflege handeln, über welchem keine Rekurs- oder Appellationsinstanz mehr bestünde; vielmehr erscheint das obergerichtliche Urtheil gegenüber dem Urtheil des Bundesgerichtes als ein „vorinstanzliches", und als letztinstanzliches rechtskräftiges Urtheil kann nur der Entscheid des Bundesgerichtes vom 20. April d. J. aufgefasst werden, gegenüber welchem dem zürcherischen Kassationsgerichte eine Kompetenz nicht zusteht.

Die zufällige Thatsache, dass das Bundesgericht das obergerichtliche Urtheil einfach bestätigt hat, kann grundsätzlich an der obigen Auffassung nichts ändern, wohl aber zeigt sich die Richtigkeit dieser letztern am Deutlichsten, wenn man den umgekehrten Fall in's Auge fasst, d. h. wenn das Bundesgericht das obergerichtliche Urtheil vollständig abändert. Nimmt man zum Beispiel an, dass das Obergericht eine Scheidungsklage verwerfe, das Bundesgericht dieselbe jedoch gutheisse (siehe bundesger. Entsch. V, 98), so würde wohl Niemand in einem solchen Falle einer Partei noch das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das obergerichtliche Urtheil zugestehen, da hier ein inhaltlich neues, letztinstanzliches Urtheil des Bundesgerichtes vorläge. Eine eventuelle Kassation müsste daher in unzulässiger Weise das bundesgerichtliche Urtheil treffen und in ihrer Consequenz zu einer

nochmaligen Aufnahme des Verfahrens vor Bundesgericht führen. Ob aber das bundesgerichtliche Urtheil eine Bestätigung oder eine Abänderung des obergerichtlichen Urtheiles enthalte, ist, wie schon bemerkt, prinzipiell vollständig gleichgültig.

Wenn daher im Allgemeinen eine Kassationsbeschwerde gegen das angefochtene obergerichtliche Urtheil als nicht statthaft und nicht zulässig erscheint, so kann doch noch die Frage aufgeworfen werden, ob diese Unstatthaftigkeit sich auf alle drei von dem Kassationspetenten aufgeführten Nichtigkeitsgründe resp. auf die drei von demselben gestellten Anträge beziehe.

Was nun die Anträge 1 und 2 des Kassationspetenten anbetrifft (die nebenbei bemerkt, jedenfalls als unbegründet abgewiesen werden müssten), so kann ein Zweifel darüber nicht bestehen, dass nach Erlass des bundesgerichtlichen Urtheiles eine Kassationsbeschwerde in dieser Richtung nicht mehr zulässig ist, da diese Anträge recht eigentlich die prinzipale Frage der Ehescheidung und die grundsätzliche Frage der Verschuldung resp. der Entschädigungspflicht beschlagen und also unbestritten in die Cognition des Bundesgerichtes fallen (s. Erwäg. 1 des bundesgerichtlichen Urtheiles und bundesgerichtliche Entscheidungen V, 98 und VIII, 519).

Was den dritten Antrag des Kassationspetenten betrifft, den Antrag nämlich, dass das Dispositiv des angefochtenen Urtheiles betreffend die Entschädigung von Fr. 1500 aufgehoben und durch den im Urtheile der ersten Instanz gemachten Vorbehalt ersetzt werde, so hätte demselben, wenn Kassationspetent sich statt an das Bundesgericht an das zürcher. Kassationsgericht gewandt hätte, entsprochen werden müssen, indem mit Recht der Nichtigkeitsgrund des Widerspruchs mit klarem Rechte (§ 704, Zif. 9 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege) geltend gemacht worden wäre. Denn § 219 des zürcher. privatrechtlichen Gesetzbuches gestattet dem Richter für den unschuldigen Theil gegenüber dem zur Zeit vermögenslosen schuldigen Theile nur die Einräumung eines Klagerechts für die Zukunft, nicht dagegen eine sofortige bedingte Condemnation zu einer bestimmten Summe. Allein laut dem Dispositive des bundesgerichtlichen Urtheils wird das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes in allen Theilen bestätigt und der Umstand, dass in der Begründung des bundesgerichtlichen Entscheides die Bestätigung der Entschädigungsbestimmung des angefochtenen Urtheils mit dem Satze gerechtfertigt wird, nach Art. 49 des Bundesgesetzes

betreffend den Civilstand und die Ehe sei in Beziehung auf das Quantitativ der Entschädigung das kantonale Recht massgebend und es finde in dieser Beziehung eine Ueberprüfung von Seite des Bundesgerichts nicht statt, begründet nicht die Zuständigkeit eines kantonalen Gerichts, das Dispositiv des bundesgerichtlichen Urtheils betreffend die Entschädigung abzuändern. Ein kantonales Gericht hätte einen neuen Entscheid über das Entschädigungsbegehren nur zu treffen, wenn das Bundesgericht bloss über die Frage der Verschuldung entschieden und den unschuldigen Theil mit Rücksicht auf das Entschädigungsbegehren neuerdings an den kantonalen Richter gewiesen hätte. Ob ein solches, jedenfalls zu endlosen Trölereien führendes Verfahren zulässig gewesen wäre, ist hierorts nicht zu erörtern.

# I. Alphabetisches Sachregister.


Amortisation indossabler Papiere, Nr. 7.
Anwendbarkeit des Obl.-R. in zeitlicher Beziehung, Nr. 10. 29. 30.
Aquilische Culpa, Nr. 34.
Arrest auf Guthaben eines Franzosen in der Schweiz, Nr. 23.
Auftrag, s. Mandat.

Beweis des Schadens gegenüber dem Bürgen bei unterlassener Anmeldung im Konkurse des Schuldners, Nr. 35.
Billet à ordre, Regress gegen Indossanten, Nr. 39.
Bürgerrechtserwerb der fremden Ehefrau, Nr. 25.
Bürgschaft, Haftpflicht des Bürgen bei Nichtanmeldung im Konkurse des Schuldners, Nr. 35.

Cassaschein, rechtliche Natur desselben, Nr. 6.
Commission oder Mandat? Nr. 2.
Compensation, Nr. 29., nach welchem Recht Zulässigkeit zu beurtheilen, Nr. 30. 31.
Concordat über Viehmängel, Nr. 26.
Constitutum possessorium, Nr. 12. 32.
Cultuszwecke, Beisteuer dazu, Nr. 22.

Ehescheidung Auswärtiger, wann statthaft, Nr. 41.
„ Recurs an das Bundesgericht, Nr. 42.
Einquartierung, militärische, Ersatzpflicht für Brandschaden, Nr. 21.
Eisenbahnen, Haftpflicht „beim Betriebe", Nr. 19., für Verspätung, Nr. 5, für Unfälle, Nr. 20.
Execution, wechselrechtliche, Nr. 38.

Fabrikbetrieb, Begriff, Nr. 16. 17. 18. Haftpflicht daraus, Nr. 15.
Fahrlässigkeit, Grade derselben, Nr. 37. Schaden durch F., Nr. 20. 34.
Faustpfand, wiefern durch gerichtlichen Sequester begründet, Nr. 8.
Frachtvertrag, Verantwortlichkeit des Frachtführers, Nr. 4. Verspätung, Nr. 5.

Gewähr der Viehhauptmängel, Nr. 26.

Haftpflicht, aus Eisenbahnbetrieb, Nr. 19, aus Fabrikbetrieb, Nr. 15—18.
Handelsregister, Verpflichtung zur Eintragung, Nr. 38, Zeit der Eintragung massgebend für Wechselstrenge, Nr. 13.
Handlungen, unerlaubte, Nr. 33. 34.
Handlungsfähigkeit, Verzicht darauf, Nr. 40.

Incompetenzerklärung, von Amts wegen, Nr. 24.
Indossable Papiere (Niederlagschein der Zollverwaltung), Nr. 7.
Inhaberpapier (Kassaschein), Nr. 6.
„Judengeld", Beisteuer zu Kultuszwecken, Nr. 22.

Kauf auf Probe, s. Verkauf.

Mandat, oder Commission? Nr. 2.
„ Präsumtion für Annahme, Nr. 1.
Mandatar, Berechtigung zu Wechselprotest, Nr. 39.

Naturalisation de la femme mariée, Nr. 25.
Niederlagsschein der eidgen. Zollverwaltung, ob indossables Papier, Nr. 7.

Pachtvertrag, Retentionsrecht des Verpächters, Nr. 11.
Pfandrecht, Verhältniss zu Retentionsrecht, Nr. 27.
Protest, s. Wechselprotest.
Provisionsreisende, wieweit Vertreter des Mandanten, Nr. 1.

Regress gegen Indossanten, Nr. 39.
Retentionsrecht, Inhalt und Vorgang desselben vor spätern Pfandrechten, Nr. 27.
Retentionsrecht des Vermiethers, Nr. 9, des Verpächters, Nr. 11.
„ gemäss Obl.-R. Art. 224. Nr. 10.

Saisie-arrêt gegen Franzosen, Nr. 23.
Scheidung, s. Ehescheidung.
Sequester begründet nicht Faustpfandrecht, Nr. 8.
Spedition, Nr. 36.

Uebernahmspreise, feste, des Speditors, Nr. 36.
Unerlaubte Handlungen, Nr. 33. 34.
Unfallversicherung, Nr. 14, 37.

Verjährung, Unterbrechung, Nr. 28, des Regresses gegen Wechselindossanten, Nr. 39, Fristberechnung, Nr. 15.
Verkauf auf Probe, Nr. 3.
Vermiether, Retentionsrecht. Nr. 9, 27.
Verpächter, Retentionsrecht, Nr. 11.
Versicherung, Haftpflichtausschluss bei selbstverschuldetem Unfall, Nr. 14, 37.
Verzicht auf Handlungsfähigkeit, Nr. 40.
Viehhauptmängel, Nr. 26.

Wandelungsklage, Verlust derselben, Nr. 26.
Wechselprotest durch einen Mandatar, Nr. 39.
Wechselrechtliche Exekution, gegen wen gestattet? Nr. 38.
Wechselstrenge gegen im Handelsregister Eingetragene, Nr. 13.

## II. Gesetzesregister.

*I. Bundesverfassung.*

Art. 49, Nr. 22.

*II. Obligationenrecht.*

Art. 36 ff., Nr. 2.
„ 50, „ 33.
„ 51, „ 33. 34.
„ 62, „ 34.
„ 64, Abs. 1, Nr. 28.
„ 105, Nr. 7.
„ 131, „ 30. 31.
„ 132, „ 29.
„ 146, Abs. 3, Nr. 28.
„ 158, Nr. 39.
„ 185, „ 2.
„ 189, „ 31.
„ 202, „ 12. 32.
„ 210, „ 8.
„ 224, „ 10.
„ 226, „ 9.
„ 228, „ 9. 11. 27.
„ 269, „ 3.
Art. 294, Nr. 9. 11. 27.
„ 297, „ 11.
„ 393, „ 1.
„ 394, „ 39.
„ 399, „ 2.
„ 431, „ 2.
„ 442, „ 2.
„ 457, „ 4.
„ 458, „ 36.
„ 510, „ 35.
„ 720, Abs. 2, Nr. 13. 38.
„ 762, Nr. 39.
„ 793—800, Nr. 7.
„ 804, Nr. 39.
„ 827, „ 39.
„ 838, „ 39.
„ 844, „ 7.
„ 847, „ 6.
„ 865, „ 38.
„ 881, Abs. 3, Nr. 29.
„ 882, Nr. 30. 31.
„ 887, „ 10. 11.
„ 901, „ 7.

*III. Bundesgesetz über Handlungsfähigkeit*, Art. 8, Nr. 40.
*IV. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe*, Nr. 25.
Art. 47 . . . . . „ 42.
„ 56 . . . . . „ 41.

*V. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen*, vom 20. März 1875 . . . . . Nr. 20.
Art. 2 . . . . . „ 19.
„ 34 . . . . . „ 5.

*VI. Bundesgesetz betr. die Ertheilung des Schweizerbürgerrechts*, vom 3. Juli 1876. Art. 3 . . . Nr. 25.

*VII. Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken*, vom 23. März 1877. Art. 5 . . Nr. 15. 17. 18.

*VIII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb*, vom 25. Juni 1881. Art. 12 . . Nr. 15. 16.

*IX. Eisenbahntransportreglement*, vom 9. Juni 1876, § 15 . . . . . Nr. 37.

*X. Reglement für d. eidgen. Kriegsverwaltung*, v. 14. Aug. 1845, § 227. Abs. 1 . . . . . Nr. 21.

*XI. Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel* . . . . . Nr. 26.

*XII. Französisch-schweizerischer Vertrag über den Gerichtsstand u. s. f.*, vom 15. Juni 1869.
Art. 1 und 11 . . . . . Nr. 24.
„ 15 ff. . . . . „ 23.

---

## III. Register nach Kantonen geordnet.

Seite

**Zürich**: Nr. 12: Recursalentscheid der Appellationskammer des Obergerichts vom 22. Mai 1883 betr. Constitutum possessorium . . . . . 24
Nr. 13: Anweisung des Obergerichts vom 14. Dec. 1882 an die Bezirksgerichtspräsidenten betr. processualische Wechselstrenge . . . . . 25
Nr. 15: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 7. October 1882 in S. Duszeck/Gassmann betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 29

Seite

Nr. 27: Urtheil derselben vom 17. Nov. 1883 in S. (Walder) Hoffmann betr. Retentionsrecht . . . 63
Nr. 28: Urtheil derselben vom 23. Oct. 1883 in S. Braunschweig/Meier betr. Verjährung . . . . . 67
Nr. 29: Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 8. Oktober 1883 betr. Anwendbarkeit des Obligationenrechts in zeitlicher Beziehung . . 73
Nr. 38: Entscheid derselben vom 3. Aug. 1883 in S. Fröhlich/Uhlmann betr. wechselrechtliche Exekution 86
Nr. 40: Entscheid derselben vom 25. Sept. 1883 in S. Armenpflege Winterthur/Näf betr. Handlungsfähigkeit . . . . . 90
Nr. 41: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 6. Sept. 1883 in S. Meletta/Meletta betr. Ehescheidung . . . . . 91
Nr. 42: Urtheil des Kassationsgerichts vom 6. Aug. 1883 in S. Nievergelt/Weber betr. Ehescheidung . . 93

**Bern**: Nr. 19: Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 3. Nov. 1882 in S. Junker/Jura-Bern-Luzern-Bahn betr. Haftpflicht der Eisenbahnen . 40
Nr, 21: Urtheil desselben vom 17. Nov. 1882 in S. Gnehm/Bund betr. Ersatzpflicht für Brandschaden durch militärische Einquartierung . . . . . 47
Nr. 26: Urtheil desselben vom 2. Dez. 1882 in S. Bigard/Biccard und Katz betr. Währschaft für Viehhauptmängel . . . . . 59

**Fribourg**: Nr. 17: Arrêt de la Cour d'appel du 23 oct. 1883 d. l. c. Sormani/Société Suisse d'assurances conc. accident dans une fabrique . . . . . 37

**Solothurn**: Nr. 8: Urtheil des Obergerichts vom 11. Mai 1883 in S. Disteli/Kuhn betr. Faustpfand . . . 17

**Baselstadt**: Nr. 1: Urtheil des Civilgerichts vom 28. Jan. 1883 in S. Olgiati/Guidi betr. Mandat . . . . 1
Nr. 6: Urtheil desselben vom 4. Mai 1883 in S. Grob/Braunschweig betr. rechtliche Natur eines Kassascheins . . . . . 11
Nr. 7: Entscheid desselben vom 6. März 1883 betr. Amortisation von Niederlagscheinen der eidgen. Zollverwaltung . . . . . 13
Nr. 16: Urtheil desselben vom 30. Dez. 1882 in S. Grimm/Burckhardt betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 33

Seite

Nr. 34: Urtheil desselben vom 2. Oktober 1883 in S. Spiegelglasversicherungsgesellschaft in Mannheim/Emmenegger betr. aquilische Culpa . . . 77

Nr. 36: Urtheile desselben vom 13. Juli und des Appellationsgerichts vom 6./13. Aug. 1883 in S. Dorner/Crowe betr. Spedition . . . . . 80

**Aargau**: Nr. 22: Urtheil des Obergerichts vom 28. Febr. 1883 in S. Kirchgem. Langnau/israelitische Gemeinde Neu-Langnau betr. Steuer zu Kultuszwecken 50

Nr. 30: Urtheil desselben vom 5. Sept. 1883 in S. Märki/Bruppacher betr. Kompensation . . . . 73

**Thurgau**: Nr. 2: Urtheil des Obergerichts vom 27. Juni 1883 betr. Mandat . . . . . 3

Nr. 14: Urtheil desselben vom 30. Mai 1883 in S. Rutishauser/schweiz. Unfallversicherungsgesellschaft betr. Unfallversicherung . . . . . 27

Nr. 35: Urtheil desselben vom 30. Aug. 1883 in S. Graber/Neuwiler betr. Bürgschaft . . . . . 79

Nr. 37: Urtheil desselben vom 26. Sept. 1883 in S. Rhenania/Gallusser betr. Unfallversicherung . . . 84

**Vaud**: Nr. 3: Arrêt du Tribunal cantonal du 12 juin 1883 d. l. c. Aviolat/Dupertuis conc. vente à l'essai 7

Nr. 4: Arrêt du même du 24 avril 1883 d. l. c. Gay/Imseng conc. contrat de transport . . . . 8

Nr. 20: Arrêt du même du 14 avril 1883 d. l. c. Pache/Suisse-Occidentale conc. responsabilité des chemins de fer . . . . . 45

Nr. 24: Arrêt du même du 22 mai 1883 d. l. c. S.O./Lizon conc. la compétence des tribunaux Suisses pour action personnelle contre un Français . . . 56

Nr. 31: Arrêt du même du 29 mai 1883 d. l. c. Reymond et Capt/Capt conc. compensation . . . 75

Nr. 32: Arrêt du même du 21 août 1883 d. l. c. Rapin-Gervaix conc. constitut possessoire . . . 75

Nr. 33: Arrêt du même du 6 nov. 1883 d. l. c. Emery/Roy conc. actes illicites . . . . . 76

**Neuchâtel**: Nr. 11: Arrêt de la Cour d'appel du 25 juin 1883 d. l. c. Berthoud/masse Gehret conc. bail à ferme . . . . . 22

**Genève**: Nr. 5: Jugement du tribunal de commerce du 30 nov. 1882 d. l. c. Mergy/P. L. M. conc. contrat de transport . . . . . 10

*

Seite

Nr. 9: Jugement du tribunal civil du 30 mars 1883 d. l. c. Degrange/Monnerat conc. droit de rétention . 18
Nr. 10: Jugement du tribunal de commerce du 22 février 1883 d. l. c. Heymann/Goux conc. droit de rétention 21
Nr. 18: Jugement du tribunal civil du 13 juin 1883 d. l. c. Mosca/Pachon conc. travail dans les fabriques 39
Nr. 23: Jugement du même du 19 août 1882 d. l. c. Baretta/Mercier conc. saisie-arrêt vis-à-vis d'un Français . . . . . 54
Nr. 25: Jugement du même du 9. décembre 1882 d. l. c. Baldinotti/Baldinotti conc. naturalisation de la femme mariée . . . . . 58
Nr. 39: Jugement du tribunal de commerce du 4 octobre 1883 d. l. c. Fherrenbach/Krebs conc. billet à ordre 87

---

## Inhaltsverzeichniss.

Seite

1. Mandat. Art. 393 O.-R. (Baselstadt) . . . . . 1
2. Mandat oder Kommission? Art. 36 O.-R. (Thurgau) 3
3. Vente à l'essai. Art. 269 O.-R. (Vaud) . . . . . 7
4. Contrat de transport, responsabilité du transporteur. Art. 457 O.-R. (Vaud) . . . . . 8
5. Contrat de transport, retard. Loi féd. du 20 mars 1875. Art. 34 b. (Genève) . . . . . 10
6. Rechtliche Natur eines Kassascheins. Art 847 O.-R. (Baselstadt) . . . . . 11
7. Rechtliche Natur der Niederlagsscheine der eidgen. Zollverwaltung. Art. 844, 793—800, 105, 901 O.-R. (Baselstadt) . . . . . 13
8. Faustpfand. Art. 210 O.-R. (Solothurn) . . . . . 17
9. Droit de rétention. Art. 226 ss., 294 O.-R. (Genève) 18
10. Droit de rétention. Art. 224, 887 O.-R. (Genève) . 21
11. Bail à ferme. Art. 294, 297, 228, 887 O.-R. (Neuchâtel) 22
12. Constitutum possessorium. Art. 202 O.-R. (Zürich) . 24
13. Processualische Wechselstrenge; Zeit der Eintragung im Handelsregister. Art. 720 O.-R. (Zürich) . . . 25
14. Unfallversicherung (Thurgau) . . . . . 27
15. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb (Zürich) . . . . . 29
16. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb (Baselstadt) . . . . 33
17. Accident dans une scierie. Loi féd. du 23 mars 1877 conc. le travail dans les fabriques (Fribourg) . . 37

Seite

18. Définition du mot „Fabrique". Loi féd. du 23 mars 1877 (Genève) . . . . . 39
19. Haftpflicht der Eisenbahnen. B.-G. vom 1. Juli 1875, Art. 2 (Bern) . . . . . 40
20. Responsabilité des chemins de fer. Loi féd. du 1 juillet 1875 (Vaud) . . . . . 45
21. Ersatzpflicht der Eidgenossenschaft für Brandschaden bei Anlass militärischer Einquartierung. Reglement vom 14. Aug. 1845, § 227 (Bern) . . . . . 47
22. Steuer zu Kultuszwecken. B.-V. Art. 49 (Aargau) . 50
23. Saisie-arrêt. Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Art. 15 (Genève) . . . . . 54
24. Incompétence déclarée d'office. Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Art. 1 et 11 (Vaud) . . . . 56
25. Naturalisation de la femme mariée domiciliée à l'étranger. Loi féd. du 3 juillet 1876 sur la naturalisation Art. 3, du 24 déc. 1874 sur le mariage (Genève) 58
26. Tödtung des gekauften Thieres vor der Untersuchung. Concordat über Gewähr der Viehhauptmängel (Bern) 59
27. Retentionsrecht. Art. 228, Abs. 1 O.-R. (Zürich) . 63
28. Verjährung. Art. 146 Abs. 3, 881, 64 O.-R. (Zürich) 67
29. Anwendbarkeit des O.-R. auf Thatsachen seit 1. Jan. 1883. Art. 881 O.-R. (Zürich) . . . . . 73
30. Kompensation. Art. 131 und 882 O.-R. (Aargau) . 73
31. Kompensation. Art. 131, 189 et 882 O.-R. (Vaud) . 75
32. Constitut possessoire. Vente frauduleuse. Art. 202 O.-R. (Vaud) . . . . . 75
33. Obligations résultant d'actes illicites. Art. 50, 51 O.-R. (Vaud) . . . . . 76
34. Aquilische Culpa. Art. 62, 51 O.-R. (Baselstadt) 77
35. Bürgschaft. Art. 510 O.-R. (Thurgau) . . . . . 79
36. Spedition. Art. 458 O.-R. (Baselstadt) . . . . . 80
37. Unfallversicherung. Eisenbahntransportreglement vom 9. Juni 1876 § 15 (Thurgau) . . . . . 84
38. Wechselrechtliche Exekution. Art. 720, Abs. 2, O.-R. (Zürich) . . . . . 86
39. Billet à ordre, Regress gegen Indossanten. Art. 158, 394, 762, 804, 827, 838 O.-R. (Genève) . . . . 87
40. Verzicht auf Dispositionsfreiheit. B.-G. über Handlungsfähigkeit. Art. 8, Abs. 1 (Zürich) . . . . 90
41. Ehescheidung Auswärtiger. B.-G. über Civilstand und Ehe. Art. 56 (Zürich) . . . . . 91
42. Ehescheidung. Verlust der Kassationsbeschwerde (Zürich) . . . . . 93

ex J.C.
3/2 (1)

# Revue

## [illegible]

## Handels-civilrechts.

[illegible]

# Revue

## [illegible]

## droit civil fédéral

[illegible]

[illegible]

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

II. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

IIme Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band III.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1884

MAR 8 1910

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesgesetzen; Voraussetzungen.*

Die staatsrechtliche Beschwerde an das B.-G. ist regelmässig da statthaft, wo durch eine Verfügung einer kant. Behörde ein bundesrechtlicher, speziell bundesgesetzlicher Grundsatz zum Nachtheile eines Bürgers verletzt wird. Eine Ausnahme machen nur diejenigen Fälle, wo es sich entweder um eine in die Kompetenz der politischen Bundesbehörden fallende Administrativstreitigkeit handelt, oder wo durch die Bundesgesetzgebung selbst der staatsrechtliche Rekurs ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen ist. Letzteres gilt in denjenigen Fällen, wo wegen Verletzung von Bundesgesetzen ein besonderes Rechtsmittel — nämlich die civilrechtliche Weiterziehung nach Art. 29 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege oder die Kassationsbeschwerde an das eidgenössische Kassationsgericht nach Art. 18 des B.-Ges. vom 30. Juni 1849 — an das Bundesgericht gegeben oder wo die Handhabung von bundesgesetzlichen Bestimmungen nach dem besonderen Inhalte des betreffenden Bundesgesetzes ausschliesslich den kantonalen Behörden übertragen ist. (Entsch. vom 26. Oktbr. 1883 i. S. Schärer & Cie.; A. S. d. b.-g. Entsch. IX, 468.)

---

2. *Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten, zulässiges Rechtsmittel und Voraussetzungen desselben.*

Der Regierungsrath des Kantons Aargau hatte die wechselrechtliche Betreibung der Mitglieder einer aufgelösten Kollektivgesellschaft für eine Gesellschaftswechsel-

schuld als unzulässig erklärt, weil nur die Gesellschaft als solche, nicht auch die einzelnen Gesellschafter im Handelsregister eingetragen gewesen seien, somit gemäss Art. 720 O.-R. die Vorschriften über Wechselexekution auf letztere keine Anwendung finden. Die hiegegen von den Wechselgläubigern an das Bundesgericht ergriffenen Rechtsmittel des staatsrechtlichen Rekurses und (eventuell) der Weiterziehung nach Art. 29 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege wurden vom Bundesgerichte als unstatthaft erklärt, weil wegen unrichtiger Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen des eidgenössischen Rechtes im Civilprozesse und im Vollstreckungsverfahren nicht der staatsrechtliche Rekurs, sondern nur die Weiterziehung nach Art. 29 leg. cit. zulässig sei, dieses letztere Rechtsmittel aber im vorliegenden Falle desshalb nicht Platz greife, weil die Beschwerde nicht gegen ein gerichtliches Haupturtheil gerichtet sei. (Entsch. vom 25. Januar 1884 i. S. Schwarz & Cie.)

---

3. *Handlungsfähigkeit. Beschwerde beim Bundesgericht wegen Beschränkung derselben; zulässiges Rechtsmittel.*

Da das B.-Ges. betr. die Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 die Gründe, aus welchen eine Entziehung oder Beschränkung der Handlungsfähigkeit stattfinden darf, nicht selbst in positiver Weise regelt, sondern diese Regelung innerhalb der in Art. 5 aufgestellten Schranken der kantonalen Gesetzgebung überlässt, so können Beschwerden darüber, dass im Einzelfalle eine nach dem Bundesgesetze unzulässige Beschränkung der Handlungsfähigkeit einer Person statuirt oder anerkannt worden sei, nicht im Wege der civilrechtlichen Weiterziehung nach Art. 29, sondern nur im Wege des staatsrechtlichen Rekurses nach Art. 59 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege ans Bundesgericht gebracht werden. (Entsch. vom 3. Novbr. 1883 i. S. Näf; A. S. d. b.-g. E. IX, 562.)

---

4. *Handlungsfähigkeit. Competenz des Bundesgerichts bei Entmündigungen.*

Da das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit nur eine Schranke der kantonalen Gesetz-

gebungen rücksichtlich der Entmündigungsgründe aufstellt, so hat das B.-G. nur die Frage zu prüfen, ob eine Entmündigung aus einem bundesgesetzlich zulässigen Grunde verhängt oder aufrecht erhalten worden sei. Dagegen ist die Frage, ob im einzelnen Falle ein Entmündigungsgrund nach Massgabe der kantonalen Gesetze (innerhalb der Schranken des B.-Ges.) und der feststehenden Thatsachen gegeben sei, seiner Cognition entzogen. Nur wenn die Feststellung eines solchen Grundes bloss zum Zwecke der Umgehung des Bundesgesetzes getroffen worden, könnte das Bundesgericht einschreiten. (Entsch. vom 16. Febr. 1884 i. S. Müller.)

---

5. *Handlungsfähigkeit. Ende der Vormundschaft über Minderjährige.*

Nach Art. 1 des B.-Ges. vom 22. Juni 1881 wird die persönliche Handlungsfähigkeit mit erreichter Volljährigkeit erworben und hört daher mit diesem Zeitpunkte die Vormundschaft von Rechtswegen auf, ohne dass es eines hierauf gerichteten Beschlusses der Vormundschaftsbehörde bedarf. Sind andere bundesrechtlich zulässige Gründe vorhanden, welche die Fortdauer der Vormundschaft nothwendig erscheinen lassen, so ist das Entmündigungsverfahren nach Vorschrift der kantonalen Gesetze einzuleiten. (Entsch. vom 26. Octbr. 1883 i. S. Schnellmann; A. S. d. b.-g. E. IX, 480.)

---

6. *Ehescheidung. Gerichtsstand.*

In Ehescheidungssachen ist eine Prorogation des Gerichtsstandes unstatthaft. (Entsch. vom 21. Dezbr. 1883 i. S. Bänziger; A. S. d. b.-g. E. IX, 466.)

---

7. *Ehescheidung. Gerichtsstand.*

Wenn nach fruchtlos gebliebener Temporalscheidung die Klage auf gänzliche Scheidung gemäss Art. 47 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe erneuert wird, und inzwischen der Ehemann seinen Wohnort verändert hat, so ist die Klage bei dem Gerichte des neuen schweizerischen Wohnortes desselben anhängig zu machen. Der für

den früheren Prozess begründete Gerichtsstand dauert für diese neue Klage nicht fort, sondern es ist auch in diesem Falle der Art. 43 leg. cit. massgebend. (Entsch. vom 10. Novbr. 1883 i. S. Zellweger; A. S. d. b.-g. E. IX, 460.)

---

8. *Ehescheidung. Ehen von Ausländern.*

Die von einem Ausländer in der Schweiz in nach hiesigem Rechte formell ordnungsmässiger Weise abgeschlossene Ehe muss in der Schweiz insolange als gültig behandelt werden, als nicht vom zuständigen Richter deren Ungültigkeit ausgesprochen ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe in dem Staate, welchem der Ehemann angehört, als zu Recht bestehend betrachtet wird oder nicht. Gemäss Art. 56 des B.-Ges. über Civilstand und Ehe ist daher der schweizerische Richter zur Anhandnahme einer Scheidungsklage nur insofern befugt, als der Nachweis erbracht ist, dass im Heimathsstaate das zu erlassende Urtheil anerkannt werde. Der blosse Nachweis, dass im Heimathsstaate der Eheleute die Ehe überhaupt nicht anerkannt werde, genügt nicht. (Entsch. vom 6. Oktbr. 1883 i. S. Bacs; A. S. d. b.-g. E. IX, 449.)

---

9. *Ehescheidung. Anträge vor Bundesgericht.*

Ist von der ersten kantonalen Instanz einem Begehren auf gänzliche Scheidung nicht entsprochen, sondern lediglich auf zeitliche Trennung von Tisch und Bett erkannt worden und hat der klagende Ehegatte vor der zweiten kantonalen Instanz auf Bestätigung des untergerichtlichen Erkenntnisses angetragen, so kann er, wenn die zweite Instanz das Urtheil zu seinen Ungunsten geändert und die Klage gänzlich abgewiesen hat, vor Bundesgericht den Antrag auf gänzliche Scheidung nicht wieder aufnehmen. Wohl aber ist derselbe berechtigt, die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils zu verlangen; der Umstand, dass nach dem B.-Ges. eine primäre Klage auf Trennung von Tisch und Bett unzulässig ist (amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. III, 373), steht einem solchen Antrage nicht entgegen. (Entsch. vom 26. Januar 1884 i. S. Specker.)

---

10. *Ehescheidung. Anwendung von Art. 46 und 48 des Bundesgesetzes über die Ehe.*

Wenn zwar beide Eheleute die Scheidung verlangen, die Klage eines oder beider Ehegatten jedoch auf einen der in Art. 46 des B.-Ges. über Civilstand und Ehe aufgeführten Scheidungsgründe gestützt und das Vorhandensein eines solchen Grundes bezüglich eines oder beider Ehegatten nachgewiesen wird, so kommt Art. 45 leg. cit. nicht zur Anwendung, sondern ist die Ehescheidung gestützt auf Art. 46 auszusprechen und tritt für den (resp. die) schuldigen Ehegatten die in Art. 48 ibidem angedrohte Folge (zeitliches Verbot der Wiederverehelichung) ein. (Entsch. vom 26. Januar 1884 i. S. Affeltranger.)

---

11. *Eisenbahntransport, Haftpflicht aus Beschädigung des Frachtgutes.*

Art. 30 des B.-Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875. Wegen Beschädigung eines Theils der in demselben Frachtbrief verzeichneten Sendung (im speziellen Fall 100 Säcke Mehl) kann die Annahme des nicht beschädigten Theils nicht verweigert werden, sofern dieser Theil für sich allein einen gemeinen Werth hat.[1]) (Entsch. vom 13. Oktober 1883 i. S. Luisen-Dampfmühle contra Jurabahn; A. S. d. b.-g. E. IX, 536.)

---

12. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen.*

a) Unter „Betrieb der Eisenbahnunternehmung“ [2]) ist nur der Betrieb der Schienenanlage zu verstehen und fällt sonach darunter die Beförderung von Personen oder Sachen auf Schienengeleisen, sowie deren

---

[1]) Die Abnahme des beschädigten Theils, 38 Säcke, war von der Eisenbahngesellschaft nicht verlangt worden, sondern es hatte dieselbe die Pflicht zum Ersatz des gemeinen Werths desselben anerkannt. Das Bundesgericht hatte daher nicht darüber zu entscheiden, ob die Transportanstalt den beschädigten Theil zu behalten oder nur die Differenz zwischen dem Verkaufswerthe desselben und dem Werthe der unbeschädigten Waare zu bezahlen habe.

[2]) Vgl. diese Revue I. No. 19, S. 40.

Vorbereitung und Abschluss. Auf den Zweck der Beförderung, ob dieselbe im ordentlichen Transportdienste der Bahnunternehmung oder zu andern Zwecken, z. B. behufs Ausführung von Bahnunterhaltungsarbeiten u. drgl. geschah, und auf die Kraft (Dampfkraft, Elektrizität, thierische oder menschliche Muskelkraft, eigene Schwere der Fahrzeuge oder Transportgegenstände), welche als Mittel der Beförderung benutzt wird, kommt nichts an. Art. 2 des Haftpflichtgesetzes findet daher auch Anwendung, wenn ein Mensch bei einer zum Zwecke der Ausführung von Bahnunterhaltungsarbeiten unternommenen Rollwagenfahrt auf den Schienengeleisen getödtet oder verletzt wird.

Der Umstand, dass bei einer solchen Fahrt ein reglementarisch verbotener Transport von Gegenständen im Privatinteresse eines Eisenbahnangestellten vorgenommen wird, benimmt derselben den Charakter einer Betriebshandlung nicht, sondern ist nur für die Frage des Selbstverschuldens des Verunglückten von Bedeutung.

b) Haft tür die Angestellten. Zu den Personen, für welche die Eisenbahnunternehmungen nach Art. 3 leg. cit. haften, gehören auch die Uebernehmer von Bahnunterhaltungsarbeiten (Bauakkordanten). (Entsch. vom 19. Oktober 1883 i. S. Felber c. Centralbahn; A. S. d. b.-g. E. IX, 521.)

---

13. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Was heisst „beim Betriebe“?*

Das Reinigen einer zu diesem Zwecke kaltgestellten Lokomotive im Maschinendepôt gehört nicht zum Betriebe, ausgenommen den Fall, wenn die Maschine zu sofortiger Verwendung mit durch die Anforderungen des Betriebsdienstes gebotener Eile bereit gestellt werden musste und demnach eine unmittelbare Vorbereitung zum Transportdienste vorläge. (Entsch. vom 2. Februar 1884 i. S. Schmid c. Jurabahn.)

---

14. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Mitverschulden des Beschädigten und der Transportanstalt; Folgen.*

Der Art. 2 des B.-Ges. über die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen schliesst eine Vertheilung des Schadens auf Transportanstalt

und Verunglückten bei gemeinsamem Verschulden derselben nicht aus. Die Grösse des Verschuldens kommt daher nicht, oder doch nicht ausschliesslich, für die Frage der Schadenersatzpflicht, sondern (auch) für den Umfang des Schadenersatzes in Betracht. [1]) (Entsch. vom 19. Januar 1884 i. S. Blanc.)

---

15. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Begriff des Fabrikbetriebes.*

a) Unter „dem Betrieb einer Fabrik" im Sinne des Art. 5 lit. b. des B.-Ges. v. 23. März 1877[2]) kann nicht die Gesammtheit aller überhaupt zum Zwecke des geschäftlichen Betriebs einer Fabrikunternehmung vorgenommenen Thätigkeiten verstanden werden; dasselbe umfasst vielmehr nur die Fabrikation im technischen Sinne des Wortes, d. h. diejenigen Thätigkeiten, welche die Herstellung der materiellen Arbeitsprodukte (der Fabrikate), zu deren Erzeugniss das betreffende Gewerbe dient, bezwecken, oder welche die unmittelbare Vorbereitung oder den Abschluss dieser Fabrikationsthätigkeit im eigentlichen Sinne bezwecken. Unter den Begriff des Fabrikbetriebes im Sinne des Gesetzes fällt also die vermittelst Maschinen- oder Handarbeit vorgenommene Thätigkeit des Fabrikarbeiters zum Zwecke der Erzeugung des Fabrikates, nicht aber z. B. die der Vermittlung des Absatzes des Fabrikates dienende Thätigkeit oder der Transport der Waare oder des Rohmaterials, wenigstens sofern dasselbe nicht unmittelbar mit der eigentlichen Fabrikationsthätigkeit zusammenhängt.

b) Wenn aber ein Fabrikunternehmer neben der den Hauptgegenstand seines Geschäfts bildenden Waare in seiner Fabrik noch andere Sachen (Nebenprodukte; im concreten Falle neben dem Baumwollenzwirn auch die zum Aufziehen desselben bestimmten Spuhlen) gewerbemässig herstellen lässt, so fällt auch die hierauf bezügliche Thätigkeit unter den Begriff des Fabrikbetriebes, sofern nicht das betreffende

---

[1]) Vgl. Art. 51 Abs. 2 O.-R. Anders die deutsche Doktrin und Rechtsprechung, s. Westerkamp in Endemanns Handbuch des Handelsrechts III. 661.

[2]) Diese Definition des Betriebes trifft zweifellos auch zu für das B.-Ges. vom 25. Brachmonat 1881. Nur stellt das letztere noch ausdrücklich das Requisit auf, dass der Unfall in den Räumlichkeiten der Fabrik stattgefunden habe. Vgl. daher Revue I, No. 16—18, S. 33.

Nebengewerbe von der Fabrik gänzlich getrennt ist.[1]) (Entsch. vom 28. Dezember 1883 i. S. Spörri c. Spinnerei Niederuster; A. S. d. b.-g. E. IX, 530.)

---

### 16. *Markenschutz.*

a) Rechtsmittel gegen die strafrechtliche Verurtheilung; Competenz des Bundesgerichtes. Gegen Strafurtheile, welche in Anwendung des eidgenössischen Markenschutzgesetzes erlassen worden sind, ist der staatsrechtliche Rekurs nach Art. 59 des Organisationsgesetzes vom 27. Juni 1874 zulässig.[2]) Das Bundesgericht hat jedoch nur auf Grundlage des vom kantonalen Gerichte erhobenen Thatbestandes zu untersuchen, ob das angefochtene Urtheil das Bundesgesetz verletze, und im bejahenden Falle dasselbe aufzuheben; dagegen ist es nicht befugt, die Sache materiell zu beurtheilen resp. das angefochtene Urtheil abzuändern.

b) Erwerb des Markenrechts. Nach dem eidg. Markenschutzgesetze ist die Entstehung des Markenrechts nicht von dem Eintrage in das Markenregister abhängig, sondern letzterer nur die Bedingung der gerichtlichen Verfolgbarkeit desselben gegenüber Eingriffen Dritter. Für die Berechtigung zu Führung einer Marke ist nicht die Priorität der Hinterlegung, sondern die Priorität des Gebrauches massgebend. Das Recht wird durch den befugten Gebrauch der Marke erworben und die Hinterlegung begründet lediglich die widerlegbare Rechtsvermuthung, dass der Hinterleger der erste Aneigner der Marke und daher der wahre Berechtigte sei.

c) Vernichtung der Zeichen. Art. 22 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes bezieht sich nur auf solche Fälle, wo die objektive Widerrechtlichkeit der Anfertigung resp. des Gebrauches des betreffenden Waarenzeichens feststeht, nicht aber auf Fälle, wo diess streitig und darüber spätere civilrichterliche Entscheidung vorbehalten ist. (Entsch. vom 26. Oktober 1883 i. S. Schärer & Cie; A. S. d. b.-g. E. IX, 468.)

---

[1]) Bezw. — nach dem B.-Ges. vom 25. Brachmonat 1881 — in den Räumlichkeiten der Fabrik ausgeübt wird.

[2]) Vgl. No. 1 oben. Dagegen ist die civilrechtliche Weiterziehung nach Art. 29 f. ibidem unstatthaft. (Entschd. des B.-G. i. S. Oppliger, s. die Nummer 17.)

## 17. *Markenschutz.*

a) Rechtsmittel gegen die civilrechtliche Entscheidung im Adhäsionsprozesse. Lässt die Kantonalgesetzgebung die sog. Adhäsion des Beschädigten an das Strafverfahren, d. h. die gleichzeitige Verfolgung des civilrechtlichen und des strafrechtlichen Anspruchs im Strafverfahren zu, so ist beim Vorhandensein der erforderlichen Höhe des Streitwerthes rücksichtlich der civilrechtlichen Dispositive des kantonalen Haupturtheils (betr. die Löschung der Marken und die Entschädigungspflicht) die Weiterziehung an das Bundesgericht nach Art. 29 des Organisationsgesetzes statthaft.[1])

b) Uebergangsbestimmungen; Rechte der deutschen Angehörigen. Für den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken deutscher Angehöriger in der Schweiz galten bis zum Inkrafttreten des Handelsvertrages vom 23. Mai 1881 nicht die Bestimmungen des B.-Ges. vom 19. Dezember 1879, sondern gemäss dem Staatsvertrage mit dem deutschen Zollverein vom 13. Mai 1869 die Bestimmungen der französisch-schweizerischen Uebereinkunft vom 30. Juni 1864. Es hat demnach die Verabsäumung der nach Art. 28 des cit. Bundesgesetzes angesetzten Einspruchsfrist für deutsche Angehörige keine Präclusivwirkung. (Entsch. vom 2. November 1883 i. S. Oppliger-Geiser c. Frank & Söhne; A. S. d. b.-g. E. IX, 551.)

---

## 18. *Gerichtsstand für Feststellung und Beitreibung von Advokaturgebühren.*

Art. 59 Bundesverfassung. Zur Feststellung der Auslagen und Gebühren, welche eine Prozesspartei an ihren eigenen Anwalt zu vergüten hat, im sog. Moderationsverfahren ist dasjenige Gericht competent, vor welchem der Hauptprozess geführt worden ist. Für die Beitreibung derselben kommt dagegen Art. 59 der B.-V. zur Anwendung. (Entsch. vom 3. November 1883 i. S. Béguin; A. S. d. b.-g. E. IX, 432.)

---

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht. N. F. III. S. 169.

## B. Entscheide kantonaler Gerichte
(und des Bundesraths).

19. *Vertragsform. Die Vorschrift des § 185 Schaffh. C.-P.-O., wonach ein Vergleich vor Friedensrichteramt nur durch Eintrag und Unterzeichnung im friedensrichterlichen Protokolle bindend wird, ist durch Art. 3 O.-R. nicht aufgehoben.*

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichts vom 18. September 1883.

Zwischen den Parteien war im friedensrichterlichen Vorstande ein Vergleich noch nicht zu Stande gekommen. Dagegen hatte der Beklagte zu Protokoll erklärt, er anerkenne, den Betrag von 180 Fr. zu schulden und verpflichte sich, denselben in drei Raten zu bezahlen. Der Vertreter des Klägers hatte darauf nach dem friedensrichterlichen Protokoll die Erklärung abgegeben, er werde binnen 10 Tagen mittheilen, ob er die Offerte anzunehmen beauftragt sei oder nicht. Das friedensrichterliche Protokoll war nicht unterzeichnet worden. Am folgenden Tage hatte der Beklagte seinen Antrag zurückgenommen; etwas später hatte der Kläger die Annahme desselben erklärt. Das Bezirksgericht schützte nun das Begehren des Klägers, das auf Bezahlung der 180 Fr. ging. Es stellte sich auf den Standpunkt, die Vereinbarung der Parteien sei verbindlich, auch wenn die Bestimmung des § 185 der P.-O. nicht erfüllt sei. Nach Art. 3 O.-R. sei der Beklagte nun an die bestimmte Frist gebunden gewesen und da der Kläger binnen derselben angenommen habe, sei der Vertrag zu Stande gekommen. Vom Obergericht wurde das Begehren des Klägers abgewiesen.

Motive: Thatsächlich ist vor allem festzuhalten, dass die Erklärungen der Parteien, durch welche ein Vergleich zu Stande gekommen sein soll, in der friedensrichterlichen Verhandlung, vor dem Friedensrichter als Beamten, abgegeben worden sind. Es ist alsdann auch davon auszugehen, dass der § 185 der P.-O. als zum Prozessrecht des Kantons gehörend, durch das schweiz. Obligationenrecht nicht ausser Kraft gesetzt worden ist. Darnach bedarf es aber zur Gültigkeit eines Vergleichs vor Friedensrichteramt des Eintrags in das Protokoll und der Unterzeichnung durch die Parteien. Nur in dieser Form kann ein gerichtlicher Vergleich vor Friedensrichteramt entstehen. Es ist zwar vollständig richtig, wenn das Bezirksgericht ausführt, auch durch blosse mündliche Vereinbarung könne eine streitige Sache erledigt werden, allein im vorliegenden Fall handelt es sich gar nicht

um eine solche Erledigung. Dieselbe kann nur aussergerichtlich stattfinden. Eine Willenseinigung in der gerichtlichen Verhandlung muss so lange als nicht vorhanden angenommen werden, als die Formen, die das Prozessrecht dafür vorschreibt, nicht erfüllt sind. Offenbar hiesse es auch dem Parteiwillen Gewalt anthun, wollte man in einem Falle, wo nur ein gerichtlicher Vergleich beabsichtigt war, zum Zustandekommen desselben aber ein Erforderniss mangelt, den mildern Massstab der aussergerichtlichen Willenseinigung anwenden, um die Vereinbarung doch als bindend zu erklären.

---

20. *Wesentlicher Irrthum beim Vertragsabschluss. Nichtigkeitsbeschwerde wegen Nichtzulassung eines darauf gerichteten Beweisanerbietens. Art. 18, 19 Ziff. 2, 4 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 28. Januar 1884.

B. G. hat dem S. B. im Juli 1883 Waaren verkauft für Fr. 492. 75 und von diesem dafür Fr. 250 an baar und einen acceptirten Wechsel von Fr. 242. 75 per 30. August erhalten; überdiess gab B. G. dem S. B. Waaren zum Verkauf in Kommission für Fr. 120 Werth. Der Wechsel gerieth Mangel Zahlung in Protest und mit Fr. 8. 95 Retourspesen an B. G. zurück, weil der „Acceptant S. B. ihn nicht einlöse, bevor ein Rechnungsfehler in der Waarenfaktur mit dem Wechselaussteller B. G. ausgeglichen sei.“ — Auf die Schuldbetreibung für Fr. 242. 75 laut Wechsel, Fr. 8. 95 Retourspesen und Fr. 120 Kommissionswaare, Total Fr. 371. 70 erhielt B. G. von S. B. Rechtsvorschlag: „An der Hauptforderung für fest gekaufte Waare und für Retourspesen sei er noch schuldig Fr. 142. 22; ferner Fr. 40 für verkaufte Kommissionswaare. Den Rest der letzteren gebe er in natura zurück.“ Im Vermittlungsvorstand klagte B. G. auf den Rest des Accepts (Fr. 242. 75 abzüglich der bezahlten Fr. 142. 22) mit Fr. 100. 53 nebst Fr. 8. 95 Retourspesen, zusammen Fr. 109. 48, und auf Rückgabe aller Kommissionswaaren oder Bezahlung der Fr. 120. S. B. erklärte im Vermittlungsvorstand, er bezahle den Wechsel nebst Retourkosten mit Fr. 251. 70. Dagegen bleibe ihm B. G. für zu hoch berechnete Waare Fr. 103 oder, abzüglich Fr. 40 für verkaufte Kommissionswaare, noch Fr. 63 schuldig, für welche er den Rest der Kommissionswaare als Faustpfand zurückbehalte. — Die im Rechtsvorschlag kanntlich gestellten

Fr. 142. 22 Rp. wurden nun bei S. B. eingetrieben; und auf Bezahlung der Fr. 120 für Kommissionswaare oder auf die Rückgabe der letztern wurde von B. G. gegen S. B. der Prozess angehoben.

Am 28. November 1883 fand ein Vergleichsabschluss statt, nachdem die Prozesskosten des B. G. bereits auf Fr. 70 sich belaufen hatten. Gegen Bezahlung von Fr. 120 erhielt S. B. von B. G. eine Bescheinigung, „dass er (B. G.) heute von S. B. für seinen ganzen angehobenen Rechtsstreit befriedigt worden sei, und anmit alle An- und Gegenforderungen von Seiten S. B. und B. G. hiemit ausgeglichen seien"; und S. B. gab dem B. G. eine Erklärung, „dass mit heute alle An- und Gegenrechnungen ausgeglichen seien, nur hat S. B. noch die Kanzleigebühren beim angehobenen Prozesse zu bezahlen."

Nun behauptete B. G. und anerbietet hiefür einen Zeugen und seinen eignen Parteieid, dass ihm S. B. bei dieser Vergleichsverhandlung erklärt habe, die im Vermittlungsvorstand kanntlich gestellten Fr. 100. 53 Rp. seien für B. G.'s Rechnung ans Amt bezahlt worden und es handle sich bei dem Vergleiche nur noch um die Kommissionswaare Fr. 120 und um die bisanhin erlaufenen Prozesskosten Fr. 70. Nur unter dieser Annahme habe er (B. G.) dem Vergleich beigestimmt. S. B. dagegen verweigert die Bezahlung der Fr. 100. 53 gestützt auf den Vergleich; er will durch den gleichen Zeugen und seinen Parteieid beweisen, dass die Fr. 100. 53 Rp. im Vergleiche mit inbegriffen waren.

Das Bezirksgericht W. hat aber „gegenüber dem vorliegenden Aktenmaterial den Zeugenbeweisantrag des B. G. für überflüssig" erklärt, und dessen Klage abgewiesen, „indem sich die von B. G. gefertigte Vergleichserklärung als vollbeweiskräftige Urkunde im Sinne von Art. 140 proc. civ. qualifizire, welcher gegenüber ein Gegenbeweis nach Art. 138 proc. civ. ausgeschlossen sei."

Auf die Rekursbeschwerde des B. G. ist dieses Urtheil wegen Verletzung der Art. 18, 19 Ziff. 2, 4 O.-R. und 140, 138 proc. civ. nichtig erklärt worden.

Wenn — was B. G. zu beweisen beantragt hat — ihm S. B. selbst erklärte, die kanntlich gestellten Beträge (Fr. 100. 53) seien bezahlt, so lagen sie beim Vergleichsabschluss nicht mehr im Streit und dann konnte B. G. seine Vergleichungserklärung mit Grund auf die noch streitige Kommissionswaare sich beziehend abgeben. Im Vergleich ist dessen Gegenstand nicht direkt und speziell bezeichnet,

sondern in einer Ausdrucksweise, welche den von B. G. behaupteten Irrthum nicht ausschliesst. Nun ist nach Art. 18, 19 O.-R. der Irrthum insbesondere dann ein wesentlicher, wenn der Wille des Irrenden auf eine andere Sache gerichtet war als der Wille des anderen Theils; hier also der Vergleichswille des B. G. bloss auf die Bereinigung der Kommissionswaare und seiner Prozesskosten; derjenige des S. B. dagegen auch auf die vor Vermittleramt kanntlich gestellten übrigen Beträge; Art. 19 Ziff. 2 O.-R. Ebenso wenn der eine Theil irrthümlich eine Leistung von erheblich grösserem Umfange versprochen hat, als es sein Wille war, nämlich hier B. G. die Befriedigungserklärung nicht bloss für die nach seiner Ansicht einzig noch streitigen Fr. 120 für Kommissionswaare und Fr. 70 Prozesskosten, sondern auch für die Fr. 100. 53 Rp., auf die er nicht verzichten wollte, weil er annahm, sie seien für seine Rechnung schon bezahlt und liegen nicht mehr im Streite. Art. 19 Ziff. 4 O.-R.

Der Vergleichsakt ist allerdings vollbeweiskräftig für seinen Inhalt gegen den Aussteller B. G.; er bildet aber keinen Beweis darüber, ob sich die eine oder andere Partei über den Gegenstand des Vergleichs oder über den Umfang der versprochenen Leistung im Irrthum befunden habe. Die Art. 18 und 19 O.-R. setzen einen an sich formell gültigen Vertrag voraus, für dessen Abschluss und Existenz in den meisten Fällen eine nach Art. 140 proc. civ. errichtete Urkunde vorgewiesen werden kann. Aber der Irrthum als Mangel des Vertragsabschlusses und als Anfechtungsgrund gegen dessen Verbindlichkeit ist in der Regel aus dieser Urkunde selbst nicht ersichtlich und wird durch sie nicht ausgeschlossen, sondern bildet den Gegenstand selbständiger Beweisführung. Der von B. G. anerbotene Zeugen- und Eidesbeweisantrag hätte auf seine materielle Erheblichkeit geprüft werden sollen, ob nämlich durch das, was bezeugt und beschworen werden wollte, wirklich ein wesentlicher Irrthum konstatirt worden wäre oder nicht; letzternfalls kann der Beweisantrag aus diesem Grund abgewiesen werden; ebenso die Klage falls der Beweis zugelassen wird, aber nicht gelingt.

Da das Gericht dem Vergleiche die rein formale Bedeutung beigelegt hat, dass dessen Leistung und Wortlaut den für den behaupteten Irrthum beantragten Beweis als überflüssig und sogar gesetzlich unstatthaft erscheinen lasse, hat es allerdings die Art. 18 und 19, Ziff. 2, 4 O.-R. verletzt und auch den Art. 140 und 138 proc. civ. selbst unrichtig angewendet.

21. *Haftung des Dienstherrn für die Verletzung eines bei der Bedienung einer besonders gefährlichen Futterschneidmaschine verwundeten, mit dieser Vorrichtung nicht vertrauten Knechtes. Art. 50 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 29. Dezember 1883 i. S. Johannes Bauhart c. Wittwe Rüti.

Am 6. März 1883 verunglückte der 19jährige Kläger Joh. Bauhart, welcher bei Wittwe Rüti seit 9 Tagen als Mühlknecht in Dienst war, als er aushülfsweise mithelfen musste, auf der Futterschneidmaschine Futter zu schneiden. Die Maschine durchschnitt ihm die Finger der linken Hand und verletzte diese so schwer, dass sie hinter dem Handgelenk amputirt werden musste. B. belangte die Wittwe R. für einen Schadenersatz von 6000 Fr. Die erste Instanz sprach demselben einen solchen von 1000 Fr. Beide Parteien ergriffen gegen dieses Urtheil die Appellation.

Die Appellation wurde verworfen.

Motive: Es fragt sich, ob und in welchem Umfange Wwe. Rüti verantwortlich sei für den Unfall, welcher beim Betrieb ihrer Futterschneidmaschine ihrem Müllerknecht Bauhart zugestossen ist. Nach der amtlichen Expertise war diese Maschine gefährlicher, als es eine solche neuer Konstruktion wäre, und wurde die Gefährlichkeit dadurch erhöht, dass sie für Betrieb durch Wasser eingerichtet und nicht mit einer gehörigen Vorkehrung zum Abstellen versehen wurde. Wer eine solche gefährliche Maschine gebraucht, in Betrieb setzt, ist zur grösstmöglichen Vorsicht in Bezug auf dieselbe verpflichtet; er muss auch dafür sorgen, dass nicht Jemand an die Maschine komme, welcher deren Handhabung nicht versteht; er haftet auch für leichte Fahrlässigkeit, für Nachlässigkeit, Unachtsamkeit (Art. 50 O.-R.). Die Wittwe R. wusste, dass die Maschine eine gefährliche sei; ihre Tochter war früher selbst durch sie erheblich verletzt worden, und kurz vor dem Unfall hat sie verboten, dass die Frau Stoll, ihre Tochter, Heu einlege, weil das ihr gefährlich werden könnte. Sie hat aber trotzdem dem Knecht Peter Wick den Auftrag gegeben, mit der Maschine Futter zu schneiden, ohne dass sie sich in pflichtgemässer Weise um diejenigen bekümmerte, welche ihm bei dieser Arbeit helfen sollten, obwohl sie nach dem verfügbaren Personal wissen musste, dass neben der Magd nur der eine oder der andere der beiden Müllerknechte in Frage komme. Sie hat das Personal nicht näher auf die Gefahr aufmerksam gemacht, noch dafür gesorgt, dass es gehörig instruirt werde, oder

dass der kundige Knecht Peter Wick das Einlegen des Futters besorge; noch viel weniger hat sie sich davon überzeugt, dass nicht der unkundige B. den gefährlichen Dienst des Einlegens besorge. Darin liegt eine Fahrlässigkeit, ein Mangel an pflichtgemässer Besonnenheit und Obsorge, welche die Verantwortlichkeit der Wittwe R. begründen.

In quantitativer Beziehung ist einerseits zu berücksichtigen, dass den B. ein wesentliches Selbstverschulden trifft, indem er unvorsichtig mit dem Einfüllen von Futter begann, ohne vorerst die Ankunft und die Weisungen des Knechtes Wick abzuwarten; anderseits, dass der Nachtheil, Verlust der linken Hand, ein erheblicher ist und vor erster Instanz weder behauptet noch vor zweiter Instanz nachgewiesen oder zum Beweis verstellt wurde, dass Fehler in der ärztlichen Behandlung diese Folge herbeigeführt haben.

---

22. *Responsabilité des maîtres vis-à-vis des ouvriers. Les lois cantonales traitant cette matière appartiennent au droit des obligations et sont abolies dès le 1er janvier 1883 par le code fédéral des obligations. — Art. 50, 349, 881 C. O. Le patron n'est pas responsable de l'accident arrivé à son ouvrier non dans l'usine mais dans la propriété d'un tiers, quoique l'ouvrier y travaillât pour le compte du patron. (Lois fédérales des 23 mars 1877 et 25 juin 1881. Art. 50 s. C. O.)*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 22 février 1884 dans la cause Protschi c. Treyvaux.

Attendu que le 26 juin 1878 le Grand Conseil de Genève a décrété une loi concernant la responsabilité des entrepreneurs de chantiers envers leurs employés en cas d'accidents survenus dans l'exercice de leurs travaux, laquelle statue dans l'art. 1er: que les entrepreneurs de tout chantier sont responsables envers leurs employés de tous accidents arrivés à l'occasion de travaux nécessités par leurs exploitations, accidents qui auraient occasionné des lésions graves, des maladies ou la mort, à moins qu'il ne soit prouvé que l'accident est dû à l'imprudence de la victime ou à une cause de force majeure; dans l'art. 2: que si l'accident est dû à l'intervention d'un tiers, l'entrepreneur a recours contre lui, et dans l'art. 3: que la victime d'un accident, ses héritiers ou ceux à l'entretien desquels elle pourvoyait, recevront une juste indemnité;

Attendu que ces dispositions n'ont pas été reproduites dans les articles 50 et suiv. C. O. qui traitent des obli-

gations résultant d'actes illicites, et que l'art. 881 du même code abroge toutes les dispositions contraires tant du droit fédéral que des législations cantonales sauf les exceptions résultant des articles suivants;

Attendu qu'aucun des articles qui suivent l'art. 881 ne fait d'exception en faveur de la loi genevoise du 26 juin 1878 ou plus généralement en faveur des lois cantonales concernant la responsabilité des fabricants ou des entrepreneurs envers leurs ouvriers;

Attendu que l'on ne saurait méconnaître que les dispositions de la loi du 26 juin 1878 sont contraires aux principes admis par le code civil en matière de preuve dans l'art. 1315, qui statuait que c'est celui qui réclame l'exécution d'une obligation qui doit la prouver, tandisque l'art. 1er de la dite loi met le fardeau de la preuve à la charge du défendeur.

Qu'il résulte en effet de la discussion qui eut lieu au Grand Conseil, avant l'adoption de cette loi, que le législateur, par un motif d'humanité envers l'employé blessé, peut-être dangereusement, ou envers ses héritiers, s'il avait été mortellement atteint, n'a pas voulu que ce fût à ceux-ci à faire, dans un moment où, la plupart du temps, ils ne le pourront pas, les recherches nécessaires pour rassembler les preuves de la faute de l'entrepreneur.

Que l'on peut dire, en conséquence, qu'en vertu des dispositions de l'art. 1er de la loi du 26 juin 1878 l'entrepreneur qui engage un employé contracte envers lui, par la seule force de la loi, l'obligation de l'indemniser pour tout accident arrivé à l'occasion de travaux nécéssités par son exploitation, à moins qu'il ne prouve que l'accident est dû à l'imprudence de la victime ou à une cause de force majeure, et que c'est là une obligation offrant une certaine analogie avec d'autres obligations naissant également de quasi-contrats ou de quasi-délits, telle par exemple l'obligation que contracte le *negotiorum gestor* vis-à-vis du maître dont il gère l'affaire;

Qu'à ce point de vue la loi du 26 juin 1878 appartient évidemment au droit des obligations en général et participe plutôt au contrat de louage qu'au droit des obligations nées d'actes illicites;

Que c'est si vrai que le code des obligations, dans son art. 349 qui termine la série des articles traitant du louage de services, déclare formellement que les articles qui précèdent ne dérogent pas aux lois fédérales sur le travail dans les fabriques, lois qui offrent la plus grande analogie avec la loi du 26 juin 1878;

Or, l'art. 64 de la Constitution fédérale du 19 avril 1874 dispose que la législation sur la capacité civile, sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations), sur la propriété littéraire et artistique et sur la poursuite pour dettes et la faillite est du ressort de la Confédération;

Et la Confédération ayant promulgué, pour être en vigueur dès le 1er janvier 1883, un code complet sur le droit des obligations, il n'est pas douteux que toutes les dispositions des lois cantonales qui appartiennent au droit des obligations et par conséquent les dispositions des articles premier, second et troisième de la loi du 26 juin 1878 sont et demeurent abrogées dès cette date;

Attendu au surplus que dans leur commentaire sur l'art. 349 C. O. MM. Schneider et Fick s'expriment ainsi ..... (Cf. p. 262).

Attendu en fait que le demandeur réclame au défendeur 300 francs à titre d'indemnité pour avoir été atteint d'un effort le 26 mai dernier, alors qu'il travaillait à Florissant pour le compte du défendeur.

Vu la loi fédérale du 23 mars 1877, celle du 25 juin 1881 et les art. 50 et suiv. C. O.

Attendu que le défendeur est entrepreneur de charpente et que le demandeur travaillait non point dans une fabrique, ou dans une usine appartenant au défendeur, mais seulement pour son compte et dans la propriété d'un tiers.

Que dès lors les lois fédérales des 23 mars 1877 et 25 juin 1881 ne sont pas applicables à l'espèce.

Attendu, ainsi que cela résulte de la solution donnée à la première question, que les dispositions des art. 1, 2 et 3 de la loi du 26 juin 1878 ne sont plus en vigueur dès le 1er janvier 1883.

Que dès lors les seules dispositions applicables sont les art. 50 et suiv. C. O.

Attendu qu'il résulte de la nature même de l'accident arrivé au demandeur, qu'il n'a pu être causé par la négligence ou l'imprudence du défendeur.

Que dès lors ce dernier ne saurait être tenu de le réparer.

---

23. *Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden von Angestellten. Eine Brandassekuranzanstalt kann dem Versicherten nicht (gestützt auf Art. 62 O.-R.) die Einrede*

*entgegenhalten, der Schaden sei durch Fahrlässigkeit von Angestellten des Versicherten entstanden.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts i. S. der Brandassekuranzanstalt des Kantons Zürich c. Escher Wyss & Cie.

Gegenüber einer Klage auf Brandschadenvergütung berief sich die kantonale Brandassekuranzanstalt unter Anderm auf Art. 62 O.-R. gestützt darauf, dass der Brand, wenn auch nicht durch die eigene Fahrlässigkeit des Klägers, sodoch durch eine solche seiner Angestellten verursacht worden sei und der Beweis dafür, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um den Schaden zu verhüten, nicht erbracht worden sei. Die Berufung auf Art. 62 O.-R. wurde jedoch für unzulässig erklärt.

Motive: Im Allgemeinen sind zwar die Delict- und Quasidelictklagen durch ein bestehendes contractliches oder quasicontractliches Verhältniss zwischen den Parteien keineswegs ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt sowohl im römischen als auch im zürcherischen Recht (s. § 1839 des priv. Gsb.) und auch mit Bezug auf das schweiz. Obligationenrecht liegt kein Grund vor, etwas Entgegengesetztes anzunehmen.

Schon mit etwas mehr Grund kann dagegen der Klage aus Art. 62 O.-R. entgegengehalten werden, dass durch den Brand nicht die Beklagten, sondern einzig und allein die Klägerin geschädigt, daher die erstere zu einer Delict- oder Quasidelictklage resp. Einrede wegen dieser Schädigung nicht activ legitimirt sei. Nach zürcherischem Recht wäre dieser Einwand ganz unzweifelhaft begründet, denn dieses Recht gestattet die Delict- und Quasidelictklagen bei blosser Fahrlässigkeit des Beklagten überhaupt nur im Falle der Sachbeschädigung, und es müsste daher ein Versicherer, wenn er wegen Schädigung durch Untergang der versicherten Sache eine solche Klage geltend machen will, sich auf eine wirkliche oder fingirte Cession der Sachbeschädigungsklage des Versicherten stützen können, was hier ganz undenkbar ist. Dagegen ist sehr fraglich, ob es sich unter der Herrschaft des schweiz. Obligationenrechts in dieser Beziehung nicht anders verhalte, weil dieses Recht die Klage nicht bloss im Falle der Sachbeschädigung, sondern bei jeder Schädigung zulässt, und ob daher nicht auch dem Versicherer, welcher durch den Untergang der Versicherungsobjecte in der Weise geschädigt ist, dass er vertraglich zur Zahlung der Versicherungssumme

pflichtig wird, wegen dieser Vermögensbeschädigung eine Delict- oder Quasidelictklage aus eigenem Recht zustehe. (Vgl. Schneiders Commentar zu Art. 52 Ziff. 3). Die Frage ist wohl eher zu bejahen und müsste daher die Klage aus Art. 62, wenn der Brand durch Fahrlässigkeit der Arbeiter einer fremden Firma und nicht des Versicherten selbst, z. B. bei Ausführung von Reparaturen in dem versicherten Etablissement entstanden wäre, gegen diese letztere zugelassen werden.

Dagegen ist eine derartige Klage resp. Einrede gegenüber dem Versicherer selbst unstatthaft und zwar desshalb, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniss, werde dasselbe nun als Contract oder als obligatio ex lege aufgefasst, dieselbe ausschliesst. Der Zweck der Brandversicherung besteht gerade darin, den Versicherten vor jedem ihn durch Zufall oder Schuld Dritter treffenden Brandschaden zu sichern, worunter selbstverständlich auch der durch Verschulden von Angestellten des Versicherten, gleichgültig ob in Ausübung ihrer Functionen oder sonst verursachten Brandschaden, inbegriffen ist. Damit stimmt auch das Gesetz betreffend eine allgemeine Brandversicherungsanstalt überein, indem es in § 5 und 6 die Ausnahmefälle, in welcher der Anspruch auf die Versicherungssumme hinfällig wird, genau fixirt, diesen Fall aber nicht erwähnt. Wenn man dennoch dem Versicherer eine Klage oder Einrede aus Art. 62 gegen den Versicherten gewähren wollte, so hätte dies zur Folge, dass der letztere für einen durch Vertrag oder Gesetz vom erstern übernommenen Risico nicht mehr gedeckt wäre. Dies ist aber unstatthaft, ausser wenn die Uebernahme dieses Risicos, d. h. die Wegbedingung der Haft aus Art. 62 von Seite des Versicherten gegenüber dem Versicherer verboten wäre, was nicht der Fall ist.

---

### 24. *Erfüllungsort. Art. 84 O.-R.*

**Schaffhausen.** Entscheid des Obergerichts vom 2. März 1883.

Ein Wirth hatte an eine Gemeindegutsverwaltung aus Wein- und Brodlieferung für die Feuerwehrmannschaften 91 Fr. zu fordern, schuldete derselben aber aus Holzkauf 77 Fr. Der Wirth betrieb nun die Gemeindegutsverwaltung für den Rest von 14 Fr. Der Vertreter dieser verlangte Rechtsvorschlag, vorschützend, der treibende Gläubiger habe das Geld in der Wohnung des Gemeindegutsverwalters abzuholen und es bestehe für letztern keine Pflicht, demselben den Betrag ins Haus zu bringen. Für seine Auffassung be-

rief er sich auf einen in den öffentlichen Blättern erschienenem Erlass der Betriebenen, wonach Guthaben an diese beim Gemeindegutsverwalter abgeholt werden müssten. Die Auffassung wurde jedoch verworfen.

Motive: Es ist zweifellos, dass nach hierzulande bestehender Uebung der Schuldner in der Regel seine Zahlungen an den Gläubiger bei diesem leistet. Gewisse Ausnahmen bestehen immerhin mit Bezug auf öffentliche Kassen, allerdings aber nur solche, deren Angestellte während der ganzen Woche oder an bestimmten Amtstagen auf dem Bureau anwesend sind. Dass diese Ausnahme aber für die betriebene Gemeindegutsverwaltung bestehe, kann desshalb nicht angenommen werden, weil deren Vertreter zugestandenermassen nicht die Pflicht hat, während bestimmt vorgeschriebenen Zeiten auf einem Büreau zu sein. Eine einseitige Publication aber, wie die von der betriebenen Partei angerufene, kann für den Gläubiger nicht verbindlich sein; dieser hat also das Recht, nach der allgemein geltenden Uebung zu verlangen, dass ihm seine Forderung in seinem Hause bezahlt werde.

---

25. *Vermuthung der Zahlung aus Rückgabe des Schuldscheins. Zur Begründung dieser Präsumtion genügt es nicht, dass der Schuldner den Besitz der Schuldurkunde darthut, er hat vielmehr die Thatsache des Zurückgebens nachzuweisen. Art. 104 O.-R.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 22. Dezember 1883.

Gegen J. M., welcher seiner Zeit für einen Betrag von Fr. 500 einen Schuldschein ausgestellt hatte, wurde vom Gläubiger Betreibung angehoben und sodann der Konkurs nachgesucht, auf welchen das Bezirksgericht auch erkannte. J. M. hat hierauf bei letzter Behörde das Begehren gestellt, dass das gegen ihn erlassene Geldtagserkenntniss rückgängig gemacht werde. Er berief sich in erster Linie auf § 51 des aarg. Betreibungsgesetzes, welcher lautet: „Der Schuldner, welcher erklärt, den urkundlichen Beweis leisten zu wollen, dass er die Forderung bezahlt habe, erhält eine Frist von 8 Tagen, binnen welcher er den Gläubiger vor Gericht laden und die Beweisurkunden vorlegen muss.“ Sodann stützte sich J. M. auf das Anbringen, er befinde sich im Besitze des fraglichen Schuldscheins und sei es demgemäss als erstellt anzusehen, dass die Schuld der Fr. 500 von ihm getilgt worden; § 837 des aarg. bürgerl. Gesetzbuchs enthalte nämlich die Bestimmung: „Hat der

Schuldner keinen Empfangsschein, besitzt er aber die Schuldurkunde, so begründet dieses die Vermuthung, dass die Schuld bezahlt sei.“

Der Beklagte J. R., zu dessen Gunsten der Schuldschein errichtet worden, bestritt das gestellte Begehren, indem er demselben die Einwendung entgegenhielt: Wohl besitze J. M. den Schuldschein für die Fr. 500, allein dieser Besitz sei ein unrechtmässiger; nicht das aargauische, bürgerliche Recht, sondern Art. 104 O.-R. komme zur Anwendung, welcher vorschreibe: „Die Rückgabe des Schuldscheines an den Schuldner begründet die Vermuthung, dass die Schuld getilgt sei.“ Impetrant habe nicht dargethan und nicht einmal behauptet, dass ihm die Schuldurkunde zurückgegeben worden.

Das Obergericht hat das Begehren auf Aufhebung des Konkurserkenntnisses abgewiesen.

Motive: Allerdings wird in § 837 des aarg. bürgerl. Rechts bestimmt, dass schon der blosse Besitz der Schuldurkunde für den Schuldner die Vermuthung der Zahlung begründe. In concreto ist jedoch nicht das aarg. bürgerl. Recht, sondern das schweiz. Obligationenrecht anwendbar. Das letztere Gesetz knüpft aber die Präsumtion der Zahlung nicht schon an den Umstand, dass der Schuldner die Schuldurkunde überhaupt besitze, sondern dasselbe verlangt zur Begründung dieser Präsumtion die Thatsache, dass der Besitz der Urkunde aus der Rückgabe des Schuldscheins durch den Gläubiger an den Schuldner sich herleite. Es wäre daher Aufgabe des Klägers J. M. gewesen, zu constatiren, dass ihm die Schuldurkunde vom Gläubiger zurückgegeben worden. Der Kläger hat aber, wie vom Beklagten mit Grund bemerkt worden, dies nicht dargethan, ja es nicht einmal zu behaupten gewagt; denn derselbe hat einfach geltend gemacht, dass er im Besitze der Schuldurkunde sich befinde und auch nicht im mindesten angegeben, auf welche Weise er in diesen Besitz gelangt sei, obgleich er doch in Folge der beklagtischen Entgegnung, dass sein Besitz nicht ein rechtmässiger sei, dazu hätte veranlasst sein sollen. Wenn der Kläger sich für seine Ansicht auf den § 440 des aarg. bürgerl. Gesetzbuchs beruft, welcher sagt, dass der Besitzer die Vermuthung der Redlichkeit seines Besitzes für sich habe, so muss diese Berufung als eine unbehilfliche erklärt werden, weil Art. 104 O.-R. eben nicht auf den blossen Besitz des Schuldscheins, sondern darauf abstellt, dass der Schuldschein an

den Schuldner vom Gläubiger oder seinem gesetzlichen Stellvertreter zurückgegeben worden sei. Erst diese Zurückgabe des Schuldscheins schliesst die Bedeutung einer Quittung in sich, d. h. begründet die Vermuthung geleisteter Zahlung. Selbstverständlich ist dem Gläubiger der Beweis gestattet, dass die Schuld nicht getilgt sei, resp. dass er die Schuldurkunde dem Schuldner aus einem anderen Grunde, als aus dem geleisteter Zahlung zurückgegeben, z. B. dass er den Titel dem Schuldner übermacht habe, damit er davon Einsicht nehmen könne.

Der Art. 104 O.-R. folgt der Lehre des gemeinen Rechts, sowie neueren Codificationen und ist das daselbst ausgesprochene Princip auch in der Rechtssprechung anerkannt. Es ist zu verweisen auf L. 2 § 1 de pactis 2, 14 D, welche Stelle lautet: „Et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem.“ Die Stelle verlangt ausser dem Besitze des Scheines von Seite des Schuldners eine Thätigkeit des Gläubigers, wodurch ihm derselbe verschafft wird. Zu verweisen ist auch auf Art. 1282 code civil français, der die Bestimmung enthält: „La remise volontaire du titre original par le créancier au débiteur fait preuve de la liberation.“ Vgl. auch Erkenntniss des O.-A.-G. von Wolfenbüttel. Seuffert XIX, 223.

---

26. *Compensation. Klage aus einem Lieferungskaufe. Unzulässigkeit der Verweisung ad separatum einer vom beklagten Käufer zur Compensation verstellten Gegenforderung wegen einseitiger Sistirung der Lieferungen. Art. 116 Abs. 2, Art. 131 und 138 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 19. November 1883.

J. G. hat den G. H. für gelieferte Milch für Fr. 185. 10 in Betreibung gesetzt und von diesem den Rechtsvorschlag erhalten „nichts schuldig und nichts kanntlich“. Vor Gericht hat G. H. die Forderung an sich nicht mehr bestritten und deren Abweisung nur noch aus dem Titel der Compensation mit einer ihm zustehenden grössern Gegenforderung für Schadenersatz wegen Vertragsbruch nachgesucht. Es sei nämlich zwischen ihm und J. G. vereinbart worden, dass ihm J. G. vom 1. Mai 1883 während eines ganzen Jahrs von seinen Kühen alle Tage sämmtliche Milch (ein Quantum von 30—40 Liter per Tag), den Liter zu 14 Rp., zu liefern habe.

J. G. habe diesen Vertrag dadurch gebrochen, dass er wiederholt abgerahmte Milch und — darob zu Rede gestellt — vom 9. Juli an gar keine mehr geliefert habe, so dass G. H. die für seine eigenen Kunden täglich benöthigte Milch bei andern Lieferanten um mindestens 3 Rp. per Liter theurer habe beschaffen müssen, was vom 9. Juli 1883 bis Ende April 1884 auf 35 Liter per Tag einen Schaden von Fr. 304. 50 ergebe; über die Zahlung der Milch sei nichts Bestimmtes verabredet worden. J. G. bestritt, dass ein solcher Vertrag abgeschlossen worden und dass er mit der säumigen Zahlungsweise des G. H. einverstanden gewesen; vielmehr habe er eben desswegen die Milchlieferungen eingestellt.

Das Bezirksgericht erkannte: Die Forderung des J. G. sei aufrecht gestellt und G. H. mit seiner Schadenersatzklage ad separatum verwiesen, und zwar in Erwägung: a. weil G. H., nachdem ihm J. G. vom 9. Juli an keine Mich mehr geliefert, nie in irgend welcher Weise die Erfüllung des Vertrages begehrt, sondern abgewartet hat, bis er von J. G. rechtlich betrieben und dann aus dem Grunde der Nichtschuld Rechtsvorschlag gemacht hat; b. weil G. H. erst vor Gericht einen ihm durch fraglichen Vertragsbruch erwachsenen Schaden von grösserem Betrage behauptet, aber hiefür einen rechtsgenüglichen Beweis nicht erbracht, sondern nur Privatbelege, welche rechtlich nicht gewürdigt werden können, eingelegt hat. Auf die Rekursbeschwerde des G. H. ist dieses Urtheil nichtig erklärt worden.

Motive: 1. Die Beschwerde über Verletzung der Art. 117, Satz 2, 122, 123, 124 O.-R. ist zwar nicht begründet; denn trotz der Erwägung a. und im Widerspruch zu derselben, dass G. H. bei Einstellung der Milchlieferungen unterlassen habe, die Erfüllung des Vertrages zu begehren, hat das Gericht den G. H. mit seinem Schadenersatzanspruch doch nicht abgewiesen, sondern ad separatum verwiesen, also dessen Ersatzberechtigung grundsätzlich aufrecht gestellt. Dagegen verstösst diese Verweisung ad separatum allerdings gegen die Art. 116, Satz 2, 131—138 O.-R. und Art. 97, 104b und 193 proc. civ. Ob das Gericht in der Einstellung der Milchlieferung des J. G. trotz der säumigen Zahlungsweise des G. H. mit Recht einen Vertragsbruch angenommen hat, darüber ist der Entscheid der Rekurskommission nicht angerufen. Wenn es aber den J. G. grundsätzlich als schadenersatzpflichtig annahm, so durfte das Nichterbringen eines rechtsgenüglichen Beweises für die Grösse der Entschädigung weder zur gänzlichen Abweisung der Ersatzforderung, noch

auch zu deren Verweisung ad separatum führen. Der Richter soll nach Art. 116, Satz 2 O.R. das Mass der Entschädigung nach seinem freien Ermessen unter Würdigung der Umstände selbst feststellen und es nicht von einem nach den Beweisregeln unseres Zivilprozesses zu erbringenden rechtsgenüglichen Beweise abhängig machen. Hat daher die Verweisung ad separatum den Sinn, dass G. H. auch im Separatprozesse ohne bessern Beweis abgewiesen werde, dann verstösst sie gegen Art. 116, Satz 2 O.-R. Soll dagegen im Separatprozess der Richter nach Art. 116, Satz 2 O.-R. das Mass der Entschädigung ohne rechtsgenüglichen Beweis feststellen dürfen, dann verstösst die Verweisung ad separatum gegen Sinn und Geist unseres summarischen Prozessverfahrens, Art. 97, 104b und 193 proc. civ., wie auch gegen die Grundsätze und Bestimmungen der Art. 131—138 O.-R. über das Erlöschen der Obligationen mittelst Compensation.

---

27. *Compensation. Art. 131–138 C.-O. et Art. 610 du Code de Procédure civile de Neuchâtel.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 9 janvier 1884 dans la cause Sévère Guyon c. Claude Revoin.

Sévère Guyon a fait adresser des poursuites à Claude Revoin en paiement d'une somme de fr. 312. 50 représentant trois mois de loyer.

Revoin a opposé aux poursuites en prétendant, entre autres, que Guyon avait lui-même violé le contrat de louage et devait être condamné à lui payer de ce chef, à titre de dommages-intérêts, une somme de fr. 500 ou ce que justice connaîtra à porter en déduction du loyer.

Sur les conclusions conformes de Guyon, le Tribunal cantonal a écarté l'opposition.

Motifs: Considérant que la somme de Fr. 312. 50 qui est due en vertu d'un titre exécutoire et pour laquelle les poursuites ont été adressées, n'est pas contestée par le débiteur; mais que celui-ci oppose à la réclamation qui lui est faite une demande reconventionnelle par laquelle il demande la compensation entre les sommes qu'il doit à Guyon et celles que celui-ci lui doit ou sera reconnu lui devoir; que dans cette situation et pour la régularité de la procédure, il convient de rechercher en premier lieu si les demandes reconventionnelles sont admises dans notre droit en matière de poursuites pour dettes;

Considérant que l'art. 610 du Code de Procédure civile dispose qu'en matière de poursuites pour dettes les demandes reconventionnelles sont interdites;

Qu'à la différence d'autres articles de nos lois qui ont été abrogés ou modifiés à la suite de la mise en vigueur du code fédéral des obligations, cet art. 610 a été maintenu dans notre code sans modification.

Que le décret sur la concordance de la législation neuchâteloise avec le code fédéral des obligations ne contient pas la mention de son abrogation ou de sa modification,

Qu'ainsi que celà résulte des délibérations de la commission consultative instituée pour préaviser sur cette concordance, la raison du maintien de cet article est que la matière de la poursuite pour dettes à laquelle il appartient est une procédure d'exécution qui demeure régie par la législation des cantons, lesquels sont libres d'en déterminer les règles;

Considérant en conséquence que, cet article étant demeuré en vigueur, la demande reconventionnelle de Revoin ne peut pas être admise.

---

28. *Prescription. Serment déféré au debiteur. En droit fédéral le serment ne peut être déféré au débiteur qui invoque la prescription pour qu'il déclare si la dette a été payée. Art. 147 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 15 janvier 1884 dans la cause dames Isoz et Guillat c. Geneyne.

Louis David Geneyne, à Château d'Oex, a ouvert action à Sophie Guillat et à Julie Isoz, au dit lieu, pour obtenir payement de 92 fr. 10 cent., pour solde d'un compte de travaux de menuiserie.

Les défenderesses ayant opposé la prescription prévue à l'art. 147 § 3 C. O., Geneyne a déféré le serment à Julie Isoz sur le point de savoir si elle a commandé les dits ouvrages et s'ils sont payés. Les défenderesses se sont alors opposées au serment, en se fondant entre autres sur ce que le C. O. ne prévoit pas qu'il puisse être déféré dans un pareil cas.

Statuant sur l'incident, le Juge de paix du cercle de Châtaux d'Oex a rejeté l'opposition à preuve, la prescription ayant été invoquée tardivement.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et refusé la preuve par serment requise par Geneyne.

Motifs: Considérant que si les défenderesses ont reconnu avoir promis de livrer des acomptes à Geneyne, cet aveu ne saurait les priver du droit de se prévaloir du moyen tiré de la prescription.

Considérant que le Code des obligations (art. 147) ne prévoit plus la délation du serment à celui qui invoque la prescription.

Que les art. 1671 et 1676 du Code civil ont été expressément rapportés par la loi vaudoise du 31 août 1882.

---

29. *Eigenthumsübertragung. Es genügt für die Eigenthumsübertragung bei einem Mobilienkaufe, dass die Liegenschaft, zu deren Bewirthschaftung die verkaufte Fahrhabe dient, schon vor der Veräusserung der Mobilien in das Eigenthum des Käufers übergegangen ist, wenn auch dem Verkäufer das Wohnungsrecht vorbehalten wurde. Art. 199 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 16. August 1883.

Der gemeinsame Schuldner der Litiganten hatte die auf seiner Liegenschaft befindlichen Fahrnisse einigen anderen treibenden Gläubigern in Schuldentriebschatzung gegeben. Darauf kam am 24./30. Januar 1883 dessen Liegenschaft auf schuldentriebrechtliche Versteigerung und wurde von Kläger A. B. erstanden, mit Antritt und Benützung von der gemeinderäthlichen Fertigung an. Mit Kaufvertrag vom 4. Februar 1883 verkaufte dieser Debitor dem A. B. zudem alle in Schatzung gekommenen Fahrnisse und alles weiter vorhandene Arbeitsgeschirr, Fahrniss und Viehhabe, die sich auf der ersteigerten Liegenschaft befanden, für Fr. 1000. Als Zahlung übernimmt Käufer A. B. die laut Ptandprotokoll bis heute auf die Verkäufer gepfändeten Schulden, Fr. 1762. Für Fr. 762 verpflichtete sich Verkäufer, dem A. B. einen Werthtitel, in Handen von X., als Hypothek zu überlassen. Am 22. Februar 1883 gelangte der Beklagte L. K., als Gläubiger dieses Schuldners zu einer Sicherheitsschatzung, aber es war nichts mehr vorhanden, denn „die Fahrnisse, welche alle geschätzt waren, wurden laut Kaufvertrag vom 4. Februar 1883 im Einverständniss aller Gläubiger an A. B. abgetreten", heisst es im Schatzungsschein. Hiemit nicht einverstanden, liess sich L. K. am 8. März 1883 eine Sicherheitsnachschatzung auf Recht hin auf die im Kaufvertrag vom 4. Februar an A. B. abgetretenen Gegenstände zufertigen. Nun klagt A. B. nach Art. 48, Abs. 3, des Schuldentriebgesetzes auf Anerkennung seines Eigenthums an den am

4. Februar erkauften Fahrnissen und auf Kraftloserklärung der von L. K. darauf erwirkten Schatzungsrechte. L. K. dagegen erblickt im Kaufvertrag vom 4. Februar nur einen nach Art. 100 des Schuldentriebgesetzes verpönten Deckungskauf für eine ältere Schuld, der überdies auch nach Art. 199 O.-R. eine Eigenthumsübertragung an A. B. nicht zu bewirken vermochte, da die verkauften Objecte im Besitz des Verkäufers geblieben seien, indem diesem laut Gantbedingungen bei der Versteigerung seiner Liegenschaft an A. B. das unentgeltliche Wohnungsrecht bis Ende Februar vorbehalten worden war.

Das Kantonsgericht hat die Klage des A. B. auf Anerkennung seines Eigenthums gutgeheissen.

Motive: Die nach Art. 199 O.-R. zur Eigenthumsübertragung erforderliche Besitzübergabe wurde darin gefunden, dass die Liegenschaft selbst, zu deren Bewirthschaftung die Fahrnisse gehört hatten und auf welcher sie sich zur Zeit des Kaufes befunden haben, schon vor dem Fahrnisskauf durch Versteigerung in Eigenthum und Besitz des A. B. übergegangen war. Das dem früheren Eigenthümer an der Liegenschaft noch bis Ende Februar 1883 vorbehaltene blosse Wohnungsrecht vermochte an diesem Besitzverhältniss nichts zu ändern. Da nach dieser Auffassung die Fahrnisse als in die Hand des Gläubigers A. B. übergegangen und nicht als in derjenigen des Schuldners verblieben angesehen wurden, so konnte — schon deswegen und abgesehen von Anderm — der Kauf vom 4. Februar 1883 auch nicht aus dem Art. 100 des Schuldentriebgesetzes angefochten werden.

---

30. *Nantissement. Tradition feinte. Rien ne s'oppose à ce que la remise d'une chose donnée en gage ait lieu par tradition feinte. Ainsi le propriétaire d'objets loués peut valablement les remettre en gage, tout en les laissant en possession du locataire; mais il faut dans ce cas que le locataire soit avisé du gage. Art 210, 392 et 475 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 19 décembre 1883 dans la cause Bastian c. masse Parisod.

Par acte du 25 octobre 1881 Jean Isaac dit Frédéric Parisod, à Lutry, a reconnu devoir à François Bastian, au dit lieu, une somme de fr. 1788. 15. Pour garantie de cette valeur il lui a remis en nantissement divers objets mobiliers, spécialement des vases de cave, que, suivant un acte antérieur, il avait louées à Jules Bastian. Ces objets ne furent pas dé-

placés et Jules Bastian, qui continua à les utiliser et qui renouvela même son bail dans la suite, n'a pas été avisé du nantissement constitué par Parisod.

Parisod étant tombé en faillite, François Bastian est intervenu dans sa masse pour être reconnu créancier des fr. 1788. 15, cela avec privilège sur les objets remis en nantissement. Le liquidateur a refusé ce privilège, en sorte que F. Bastian a dû ouvrir action à la faillite pour le réclamer juridiquement.

Le Tribunal du District de Lavaux a repoussé les prétentions de Bastian et donné gain de cause à la masse Parisod. Ensuite de recours, ce jugement a été confirmé par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant sur le recours qu'aucune disposition du Code civil, ni du Code des obligations ne s'oppose à ce que l'objet donné en gage soit remis par tradition feinte à une personne qui détenait déjà cet objet à un autre titre, à condition toutefois que cette personne soit informée de sa désignation comme tiers détenteur du gage et qu'elle accepte cette nouvelle qualité.

Qu'en effet le but de la loi (C. C. 1563, C. O. 210) est que la chose constituée en nantissement soit sortie de la possession du débiteur et remise en mains du créancier ou d'un tiers; que ce but est atteint par le mode de procéder susmentionné.

Considérant que, dans l'espèce, le gage pouvait être constitué valablement en laissant les objets en mains de Jules Bastian, lequel les détenait déjà à titre de locataire de Parisod; — mais qu'il était nécessaire que le dit Jules Bastian, qui n'était pas intervenu dans l'acte du 25 octobre 1881, fût avisé de sa désignation comme tiers détenteur du gage et qu'il consentît à cette mission.

Qu'il importait qu'il eût connaissance du nantissement, afin de savoir par exemple ce qu'il devrait faire des objets à l'expiration de son bail, le cas échéant.

Considérant qu'on peut assimiler, à ce point de vue, le tiers détenteur du gage à un mandataire ou à un dépositaire, dont la loi exige le consentement (C. C. 1467, 1405, 1442; C. O. 392, 475).

Considérant qu'il incombait au demandeur François Bastian, qui veut se placer au bénéfice de son contrat, de prouver que celui-ci remplissait les conditions légales exigées pour sa validité, notamment que Jules Bastian avait été avisé de sa nomination et l'avait acceptée.

Qu'il n'a pas fait cette preuve et que le défaut d'avis et d'acceptation paraît résulter du dossier de la cause, notamment du second bail, passé le 14 décembre 1882 entre Frédéric Parisod et Jules Bastian, acte dans lequel il n'est point fait mention du gage, ni de la désignation du dit Bastian comme tiers détenteur.

Attendu que le nantissement du 25 octobre 1881 n'a dès lors pas été constitué régulièrement.

---

31. *Droit de rétention du propriétaire. — Art. 228 et 294 C. O. — Nature de ce droit. — Le droit de rétention prévu par l'art. 294 C. O. constitue un privilège en faveur du propriétaire, semblable au privilège du code civil français (art. 2102) quant à la nature, mais différent sous le rapport de son étendue et de la durée qui sont réduites. Ce droit de rétention donne, en cas de réalisation des meubles, au propriétaire une position privilégiée sur les autres créanciers lors même qu'il n'aurait fait procéder à aucune saisie.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil de Genève du 25 janvier 1884 dans la cause Naville c. Cirio et Bordayron.

Attendu, en fait, que Naville, propriétaire de l'immeuble où habite le sieur Bordayron son locataire, s'oppose à l'enlèvement et à la vente des meubles saisis à la requête de Cirio, au préjudice du dit Bordayron, par le motif que ces meubles sont sa garantie conformément à l'article 294 C. O. et qu'il entend exercer sur eux le droit de rétention que cet article lui confère ;

Attendu que Cirio s'oppose à cette prétention; qu'il fonde sa résistance sur l'argument consistant à dire que le droit de rétention conféré au propriétaire par le Code des obligations n'est pas autre chose que le privilège que lui conférait l'art. 2102 Cod. civ., dépouillé du droit de suite et réduit au loyer de l'année échue et de l'année courante;

Qu'il n'y a dès lors pas lieu de modifier l'usage constamment suivi dans le canton de Genève, en ce qui concerne les poursuites mobilières, en vertu duquel tout créancier a le droit de saisir les biens de son débiteur et de les faire vendre, afin que le prix en soit distribué, d'abord aux créanciers privilégiés sur les meubles vendus, puis aux créanciers chirographaires, au marc le franc entre eux;

Attendu que le demandeur, au contraire, soutient que la législation a été, à ce point de vue, profondément modifiée;

Que le propriétaire n'a plus en réalité de privilège mais un simple droit de rétention lequel est perdu du moment où les objets qui y sont soumis ont été transférés dans un autre local, même lorsqu'ils y seraient transportés pour y être vendus par autorité de justice;

Qu'en conséquence le bailleur doit avoir le droit de s'opposer à tout enlèvement de ces objets même de la part d'un créancier du locataire qui voudrait les faire vendre au profit de l'immeuble des créanciers.

Attendu que la question telle qu'elle est posée a une grande importance, car si elle est tranchée dans le sens de la théorie du demandeur, il en résultera l'abrogation implicite de l'art. 2101 Cod. civ., et la suppression de tous les privilèges généraux sur les meubles établis par cet article, ou tout au moins ils seront primés par le droit de rétention du propriétaire, alors qu'à Genève la tendance est de conserver autant que possible les privilèges établis par le Code Civil et dont il n'est fait aucune mention dans le Code des obligations;

Pour résoudre la question, il convient en premier lieu d'étudier la nature du droit de rétention conféré au bailleur par ce code, et en second lieu de se rendre compte des différences fondamentales qui existent au point de vue de l'exécution forcée entre la législation genevoise et celle de la plupart des cantons de la Suisse allemande, plus connue des rédacteurs du code des obligations, et qu'ils ont eue par conséquent plus spécialement en vue:

La théorie exposée par le demandeur se fonde surtout sur le paragraphe premier du commentaire de MM. Schneider et Fick sur l'article 294;

Or, la doctrine émise par ces auteurs paraît n'être en réalité qu'une opinion personnelle laquelle ne paraît pas être généralement admise par les jurisconsultes et les tribunaux de la Suisse allemande; (voir à ce sujet un arrêt de la Chambre des appels de Zurich du 27 novembre 1883 rapporté dans la Revue de la Jurisprudence en matière de droit civil fédéral, I. p. 65);

En effet, il est incontestable que la garantie que confère au bailleur l'art. 294 C. O. ne consiste pas seulement dans un simple droit de rétention mais dans un véritable privilège sur le prix des meubles qui y sont soumis puisque l'art. 228 du même code confère au créancier nanti du droit de rétention le droit d'en poursuivre la réalisation, tout comme un créancier gagiste.

Or, cette réalisation ne pouvant s'effectuer que par une vente judiciaire, il est évident que les meubles devront être enlevés de l'appartement loué, transportés au local affecté à ces ventes, vendus, le prix en être déposé en mains du greffier qui le distribuera comme par le passé, d'après l'ordre des privilèges établis par la loi, et, parmi ces privilèges viendra à son rang celui du bailleur.

Il n'est donc pas possible de voir entre la nature du droit de rétention conféré au bailleur par le code des obligations et la nature du privilège de l'art. 2102, § 1 Cod. civ., une différence aussi fondamentale que le prétend le demandeur sur l'autorité de MM. Schneider et Fick; les seules différences réelles consistent dans l'étendue et la durée de ce droit puisqu'il est réduit au loyer de l'année échue et de l'année courante et qu'il ne peut plus être exercé lorsque les meubles ont été transportés dans un autre local; mais il est bien certain que puisque le propriétaire a le droit, en vertu de l'art. 228, de faire vendre judiciairement les meubles qui sont sa garantie et de se payer sur leur prix, il a sur ce prix un véritable privilège, alors même que les meubles sont sortis de son immeuble pour être vendus, privilège qui disparait si les meubles sont distraits du local affecté aux ventes pour être mis dans l'immeuble d'un autre bailleur ou pour être donnés en gage par le débiteur à quelqu'autre de ses créanciers.

Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, en vertu de la loi de procédure genevoise, tout créancier porteur d'un jugement exécutoire et passé en force de chose jugée peut saisir les biens de son débiteur et les faire vendre aux enchères publiques; dans ce cas le prix de la vente est déposé au greffe et distribué entre ses créanciers suivant le rang des privilèges que la loi leur confère, mais sans aucune préférence en faveur de l'antériorité des poursuites.

Il n'en est pas de même dans la Suisse allemande; la saisie que pratique un créancier, même chirographaire, sur les biens de son débiteur, confère à ce créancier un véritable privilège sur les objets saisis, privilège qui prend date du jour où la saisie a été pratiquée et prime tous ceux qui naissent postérieurement.

Or la question s'est posée de savoir si le droit de rétention, alors même que le bailleur n'avait fait pratiquer aucune saisie sur les meubles garnissant les locaux loués, avait la priorité sur le privilège conféré au premier saisissant de ces mêmes meubles, et la chambre des appels de Zurich n'a pas hésité, dans l'arrêt sus indiqué, à donner la priorité au droit

de rétention du bailleur quoique la saisie fut postérieure, en basant sa décision sur ce principe que le droit de rétention confère au bailleur un véritable privilège tant sur l'objet que sur le prix, privilège qui prend naissance, non pas au moment où l'objet soumis au droit de rétention est converti en argent, mais en même temps que le droit de rétention lui-même.

Considérant qu'en présence de cette doctrine qui assimile le droit de rétention à un privilège tant sur les meubles que sur leur prix et qui paraît prévaloir en Suisse, aucun motif sérieux n'existe de modifier la procédure constamment suivie à Genève, laquelle procédure sauvegarde parfaitement les droits de tous les créanciers;

Considérant, en outre, que le droit de rétention tel qu'il résulte du code des obligations n'est pas un principe entièrement nouveau qui confère au bailleur un droit nouveau qu'il n'avait pas sous l'empire du Code civil;

Que le droit de s'opposer à ce que les meubles qui garnissaient la maison ou la ferme fussent déplacés sans son consentement résultait pour lui du droit qu'il avait de les revendiquer lorsqu'ils avaient été déplacés; ce droit, quoique le nom ne fût pas écrit dans la loi, était bien un droit de rétention, et le propriétaire en était déchu, ainsi que de son privilège s'il ne l'exerçait pas dans un certain délai; cependant il n'y a pas d'exemple qu'un bailleur ait, en vertu de ce droit, et pour le conserver, saisi-revendiqué les meubles saisis à la requête d'un créancier de son locataire et transportés au local affecté aux ventes par autorité de justice.

Qu'à ce point de vue encore la situation n'est pas modifiée;

Considérant toutefois que l'offre de Cirio de laisser admettre Naville par privilège pour les loyers échus au 31 décembre dernier n'est pas satisfactoire, puisqu'aux termes de la loi le droit de rétention du bailleur s'étend aux loyers de l'année écoulée et de l'année courante.

Qu'il n'y a pas lieu dès lors de donner acte aux parties d'une telle offre.

---

32. *Retentionsrecht. Dasselbe bezieht sich bei einem Laden als Miethobjekt auch auf die darin befindlichen Waaren. Art. 294 Satz 1. O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. Februar 1884 i. S. Papastatis c. Vögeli.

Motive: Zu entscheiden ist die Frage, ob dem Vermiether eines Ladens für seine Miethforderung ein Retentionsrecht an den im Laden befindlichen Kaufmannswaaren des Miethers zustehe. Massgebend ist Art. 294 O. R., welcher dem Vermiether das Retentionsrecht an den beweglichen Sachen gewährt, „welche sich in den vermietheten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören". Es ist demnach festzustellen, ob die Waaren, als Sachen mit denen Handel getrieben wird, unter diese Bestimmung fallen, was sich darnach entscheidet, ob die genannten Voraussetzungen bei denselben zutreffen. Da die Qualität der Waaren als bewegliche Sachen ausser Zweifel steht, so kann es sich hiebei lediglich darum handeln, welche Bedeutung dem Zusatze „und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören" zukomme. Es ist vor Allem klar, dass dadurch das Pfandrecht, welches das gemeine Recht dem Vermiether an den invecta et illata des Miethers giebt, wie es schon hinsichtlich der Kraft des Rechts durch Abschwächung zu einem blossen Retentionsrechte geschehen, auch mit Bezug auf den Umkreis der von demselben berührten Sachen eingeschränkt wird, indem der Voraussetzung, an welche das gemeine Recht jene Befugniss knüpft, durch jenen Zusatz eine weitere hinzugefügt wird, welche ebenfalls zutreffen muss, damit eine Sache dem Retentionsrecht unterworfen sei. Jene zweite Voraussetzung ist, und zwar, alternativ, wie durch das Wort „oder" ausgedrückt wird, dahin bestimmt, dass die fragliche Sache, sei es zur Einrichtung, sei es zur Benutzung des Raumes „gehöre", (französischer Text: meubles, „qui servent soit à l'arrangement, soit à l'usage de ces lieux", — italienischer Text: cose mobili, „che servono all' uso o al godimento dei medesimi" sc. locali). Also müssen die in den vermietheten Räumen befindlichen beweglichen Sachen, um vom Retentionsrecht erfasst zu werden, in Beziehung stehen zur „Einrichtung" oder zur „Benutzung" dieser Räume, und zwar der Beziehung, dass sie dazu „gehören", „servent", „servono". Frägt man sich, ob dies bei den in einem Laden befindlichen Kaufmannswaaren der Fall sei, so scheint es nicht leicht, auf den ersten Blick zu entscheiden, ob nach allgemeinem Sprachgebrauch jene Verhältnisse hier zutreffen. Es hat wohl für Manchen zunächst etwas Stossendes, zu sagen, dass die Waaren zur Benutzung des Ladens gehören oder gar hiezu dienen, indem ihre Bestimmung nicht sowohl diese, sondern die Erzielung eines Gewinnes zu sein scheint, vor welchem Ziel der Gedanke an den Zusammenhang zwischen den Waaren und

dem Laden zurücktritt, und etwas fremd muthet es auch an, die Waaren zur Einrichtung des Ladens zu zählen. Bei näherer Betrachtung dieser Ausdrucksweise scheint dieselbe aber mit dem Sprachgefühl nicht unverträglich, und dies weist darauf hin, dass eine nähere Untersuchung der Begriffe, auf welche das Gesetz abstellt, am Platze ist. Was man unter der Einrichtung, „arrangement", eines Raumes zu verstehen hat, dürfte im allgemeinen keinen Zweifeln unterliegen, man wird darunter diejenigen Anstalten und Gegenstände zu verstehen haben, durch deren Hinzutreten einem Lokal in seiner äussern Erscheinung die Merkmale seiner Zweckbestimmung gegeben werden, also die Ausstattung und Ausrüstung, wie z. B. die besondern Ausstattungsgegenstände, Utensilien und Mobiliar einer Gastwirthschaft, die Vorrichtungen, welche einen Raum als eine Werkstätte bestimmter Art erkennen lassen. Sind nun die Waaren in Beziehung zum Raum derart? Die Frage scheint etwas zweifelhaft, man möchte dieselbe zunächst für die im Schaufenster und auf Auslagetischen, Glasschränken etc. vorfindlichen Waaren bejahen, diese tragen wesentlich dazu bei, einen Raum als Laden erscheinen zu lassen. Wenn man auch bei manchen Räumen zufolge ihrer bisherigen Benützung, Lage, Bauweise und darin befindlicher Vorrichtungen die Qualität als Laden auch dann anzunehmen geneigt ist, wo derselbe an Waaren leer ist, so zeigt sich doch das Ausnahmsweise dieses Verhältnisses, und gegen die allgemeine Vorstellung von einem Laden Verstossende darin, dass man dann, wenn es sich nicht etwa um die Vermiethung oder Umbaute des Lokals handelt, eher von einem ausgeräumten Laden sprechen wird, womit der Negation Ausdruck gegeben werden will. Man wird daher, ohne der Sprache Zwang anzuthun, sagen dürfen, dass die Waaren mit zur Einrichtung eines Ladens gehören, und für diese Ansicht ist sogar Zachariæ v. Lingenthal zu zitiren, welcher dieselbe ohne Rückhalt ausspricht. (S. dessen Handbuch des französ. Civilrechts, Aufl. 1778 II, 116, Anm. 3.) Schwieriger ist die nähere Bezeichnung dessen, was zur „Benützung" (à l'usage, all' uso) eines Lokals „gehört" oder „dient". Dieser Ausdruck hat offenbar etwas Schwankendes. Sprachlich steht Nichts entgegen, unter diesen Begriff alle und jede zu einem Lokal in irgend einer Beziehung des Nutzens stehende Handlungen einzubeziehen, und demgemäss müsste das Retentionsrecht des Art. 294 auf im vermietheten Lokal befindliche Sachen Anwendung finden, welche zu einer Benützung in diesem weiten Sinne „gehören" resp. dazu „dienen". Damit wäre

der Umkreis dieser Sachen jedoch so sehr in's Weite gerückt, dass es sich fragen könnte, ob irgend welche Sachen ausgenommen seien. Angesichts der offenbar einschränkenden Tendenz des Zusatzes kann daher diese Interpretation nicht befriedigen. Wenn jene Auffassung aber zu weit ist, so liegt es nahe, das Gesetz dahin zu verstehen, dass unter „Benützung" diejenigen Nutzungshandlungen begriffen sein sollen, welche zum Nutzungscharakter des Lokals in naher und wesentlicher Beziehung stehen. Bei einem Wohnraum ist dies beispielsweise der Aufenthalt und die Verwahrung der Sachen des persönlichen Bedürfnisses in demselben, bei einer Werkstätte sind es die technischen Handlungen, deren Gesammtheit den Betrieb des Handwerks oder Gewerbes ausmacht, und bei dem Laden die Gesammtheit der Handlungen seiner Ausbeutung. Eine Handlung dieser Art ist offenbar der Verkauf der Waaren. Man wird nun unbedenklich sagen dürfen, dass die Waaren selbst, da sie die Voraussetzung des Verkaufs sind, zu diesem „gehören" und demselben „dienen", und bei diesem Gedankengang sind sie demnach dem Retentionsrecht unterworfen. Dabei fällt aber sofort wieder auf, dass die Worte „gehören" und „dienen", von denen ersteres dem deutschen, letzteres dem französischen und italienischen Text entspricht, nicht völlig gleichbedeutend sind, indem bei „gehören" die Nothwendigkeit der Sache zur Erfüllung des zweiten, wie auch die auf den Zweck hinweisende Eigenthümlichkeit der Sache stärker betont ist, als im Worte „dienen". Man wird jedoch, wie schon bemerkt, von den Waaren auch sagen können, sie „gehören" zur „Benutzung des Ladens" in dem ausgeführten Sinn, gleich wie dieselben zu dessen „Einrichtung", wie dieses Wort hier verstanden wird, zu zählen sind. Man wird sich indess nicht verhehlen können, dass die hier als Grundlage der Interpretation erörterte Umschreibung und Auffassung jener Begriffe nicht in klarer Weise aus dem Wortlaut des Gesetzes hervorgeht, und es wird zugestanden werden müssen, dass, wie oben schon erwähnt wurde, auch die Deutung als möglich erscheint, dass das Gesetz nur von denjenigen Sachen sprechen will, deren eigenthümliche Zweckbestimmung die Einrichtung und Benutzung des vermietheten Raumes sind, und in diesem Sinne würden die Waaren offenbar weder zur Einrichtung noch zur Benutzung des Ladens gehören noch auch derselben dienen; denn ihre Zweckbestimmung ist offenbar die durch ihre Eigenschaften ermöglichte Nutzung oder Konsumtion, während die Bestimmung des Ladens im Geschäftsbetrieb liegt. Es bleibt demnach immer-

hin im Wortlaut des Gesetzes eine etwelche Unklarheit, welche es, wenn nicht nothwendig, so doch wünschenswerth macht, nach weitern Anhaltspunkten für die Erkenntniss des Willens des Gesetzgebers zu suchen.

Hiebei ist aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes Folgendes hervorzuheben: Sowohl der Entwurf zum Obligationenrecht vom Oct. 1869 bis Oct. 1872, als auch derjenige vom J. 1876 hatte das Retentionsrecht des Vermiethers im Anschluss an das gemeine Recht noch in der Anwendung auf sämmtliche in den vermietheten Räumen befindlichen beweglichen Sachen des Miethers. Eine Einschränkung ähnlich der heutigen findet sich zuerst in der Redaktion des Entwurfs, wie solche nach den Beschlüssen der weitern Kommission vom September und October 1878 im Januar 1879 festgestellt wurde, in Art. 304, und zwar im deutschen Text schon damals gleichlautend wie heute, und im französischen Text, welcher den Sinn des deutschen wiederzugeben bestimmt war, mit den Worten: „choses mobilières, qui se trouvent dans ou sur l'immeuble et font partie de son installation ou exploitation", und hiezu ist in einer Anmerkung beigefügt: „ou servent à son exploitation." Von den Waaren könnte letzteres in ihrer Beziehung zum Laden, wie hier erinnert werden mag, nun unbedenklich gesagt werden. Die Beschlüsse der Kommission vom Herbst 1878, deren Tragweite im Art. 304 des französischen Textes deutlicher als aus dem deutschen hervorgeht, scheinen aber mit Bezug auf die hier zu prüfende Seite des Retentionsrechts des Vermiethers, auch für die Folge und die definitive Gestaltung des Gesetzes bestimmend gewesen zu sein, im deutschen Text ist jener Entwurf wörtlich zur Aufnahme gekommen, dagegen scheint allerdings die Ausdrucksweise des französischen Textes nicht völlig befriedigt zu haben, wie wiederholte spätere Abänderungen desselben zeigen. Es ist also immerhin anzunehmen, dass der Ausdruck „qui servent à l'installation ou à l'exploitation" für die Interpretation des deutschen nicht ganz zutreffend sei. Im Entwurf vom Juli 1879 lautet nämlich die Redaktion etwas abweichend: „choses mobilières, qui se trouvent dans les locaux loués et font partie de l'installation ou servent à l'usage de ces lieux." Weder in den gedruckten Abänderungsvorschlägen noch den bezüglichen Beschlüssen der Räthe resp. ihrer Kommissionen wird sodann diese Frage berührt, so dass zu vermuthen ist, man habe hier den Entwurf vom Juli 1879 annehmen wollen, und es ist hiebei lediglich zu bemerken, dass im ständeräth-

lichen Beschluss zweiter Lesung, vom 17. Februar 1881 die französische Redaktion des damaligen Art. 312 und heutigen Art. 294 bei immer gleich bleibendem deutschem Text, dahin geht: „les meubles, qui garnissent les lieux loués, et qui servent, soit à l'aménagement, soit à l'usage de ces lieux". Dass man jedoch dem neuen Ausdruck, „aménagement" keine grosse Bedeutung beilegte, zeigt die Beseitigung desselben in der Schlussredaktion. Als um so werthvoller für die Interpretation erscheint die Wendung „qui garnissent", welche schliesslich aufgenommen wurde, worauf sogleich näher einzutreten ist.

Es ist nämlich jedenfalls für den Sinn des Art. 294 von Bedeutung, dass in demselben, entgegen dem Ausdruck der früheren Entwürfe: „choses oder meubles, qui se trouvent dans les lieux loués", die Rede ist von „meubles, qui garnissent les lieux loués". Da der frühere Ausdruck vollständig genügt hätte, um das Sichbefinden der Sachen in den vermietheten Räumen auszudrücken, so ist zu schliessen, man habe mit dem angeführten Ausdrucke noch etwas mehr sagen wollen, als an gleicher Stelle im deutschen und italienischen Text gesagt ist, und zwar zur Verdeutlichung des etwas dunkeln Zusatzes. Diese Auffassung gewinnt an Wahrscheinlichkeit, wenn man berücksichtigt, dass der Ausdruck „meubles qui garnissent les lieux loués" der französischen Rechtssprache durchaus geläufig ist, und über die Bezeichnung der blossen räumlichen Beziehung der Sache hinausgeht. Derselbe findet sich als Bezeichnung der dem Privileg des Vermiethers unterworfenen Sachen im französischen Code civil, Art. 2102 und ist von hier übergegangen in die Civilgesetzbücher der französischen Schweiz, nämlich Waadt Art. 1578, Neuenburg Art. 1703, Wallis Art. 1858 und Freiburg Art. 1627. Hiebei ist die Vorstellung die, dass Alles „garnirt", dessen Abwesenheit das Lokal als „dégarni", „ausgeräumt" erscheinen lässt. Siehe mit Bezug auf Neuenburg den Commentar von Jacottet zum Obligationenrecht, Seite 926 und für Wallis Cropt „Théorie du Code civil du Valais II, 167". Die beiden genannten Schriftsteller nehmen denn auch an, dass die in einem Laden befindlichen Waaren zu diesen Sachen gehören. Cropt beruft sich hiefür auf eine Reihe von Schriftstellern über das französische Gesetzbuch, und es kann den dortigen Citaten u. a. beigefügt werden Pailliet Manuel du droit français, Note 3 zu Art. 2102. Die Aufnahme dieses juristisch-technischen Ausdruckes „qui garnissent" muss mit dem Bewusstsein geschehen sein, dass demselben die bisher

gewohnte Auffassung zu Theil werde, und wenn dieser Wille nicht geherrscht hätte, liesse es sich nicht erklären, warum das früher durchaus klare, „qui se trouvent“ beseitigt worden sein sollte.

Der Standpunkt des westschweizerischen Civilgesetzbuches lässt sich dahin bezeichnen, dass dieselben die Fahrniss oder Fahrhabe des Miethers, mit Ausschluss der mehr zufällig in dem Miethraum befindlichen Sachen dem Recht des Vermiethers unterwerfen. Das Nämliche gilt auch von einer Reihe von Civilgesetzbüchern deutschschweizerischer Kantone, nämlich Zürich, § 898, Schaffhausen § 826, Graubünden § 307, Aargau § 691 und Luzern § 637. Aargau rechnet hiezu ausdrücklich bei einem Kaufladen die in demselben vorfindlichen Waaren, und das Gleiche wurde von der Zürcherischen Gerichtspraxis angenommen und wohl auch derjenigen der übrigen zitirten Kantone. Das Civilgesetzbuch von Bern hat dagegen allerdings eine etwas engere Fassung, indem dasselbe in Satz 840 lediglich auf die in der Wohnung befindlichen Möbeln, Hausrath, Schiff und Geschirr Versicherung des Miethzinses gewährt, und eine noch weitergehende Einschränkung zeigt das Gesetzbuch von Tessin in Art. 1184, wonach das Vorzugsrecht sich nur erstreckt „sopra il valore di tutto ciò che serve a mobigliare la casa.“ Diese wenigen Modifikationen vermögen aber offenbar dem in der deutschen und französischen Schweiz vorfindlichen kantonalen. Recht den Allgemeincharakter, wornach der Anspruch des Miethers sich auf die eingebrachte Fahrhabe erstreckt, nicht zu benehmen. Der Zustand der kantonalen Rechte vor Einführung des Schweiz. Obligationenrechts ist nun aber für die Interpretation dieses Letztern insofern von Bedeutung, als sich in einem gewissen Masse die Annahme rechtfertigt, dass man da, wo eine Aenderung nicht deutlich und klar ausgesprochen wurde, sich an den bestehenden Rechtszustand, an dasjenige habe anschliessen wollen, was man als schon vorhanden und bekannt, nicht noch des Nähern auseinanderzusetzen brauche. Eine wesentliche Einschränkung des bisherigen Rechts des Vermiethers an der eingebrachten Sache wäre in der That eine so tief in's Leben eingreifende Neuerung, dass alle historische Wahrscheinlichkeit gegen dieselbe spricht, und es nicht Sache des Richters sein kann, dieselbe eher anzunehmen, als solche mit Deutlichkeit aus dem Gesetze hervorgeht, und dies ist in der vorliegenden Frage ganz und gar nicht der Fall.

Zum Schlusse mag noch angeführt werden, dass es der

Natur der Dinge zu widersprechen scheinen würde, das Retentionsrecht des Vermiethers, wenn man an demselben einmal grundsätzlich festhalten will, in dem Masse zu reduziren, wie es auf Grund einer engen und einseitigen Wortinterpretation des Art. 294 O.-R. vielleicht möglich wäre. Fasse man nun dieses Recht in seinen Motiven mehr als eine Begünstigung des Vermiethers, oder als Mittel, die Kreditfähigkeit des Miethers zu erhöhen auf, so bleibt als Rechtfertigungsgrund für die ausnahmsweise Rechtsbehandlung der innere Zusammenhang zwischen der Leistung des Vermiethers, welche in der Hingabe des Miethraums für die eingebrachte Fahrniss besteht, und dieser letztern selbst, in deren Verbleib der Nutzen zu Tage tritt, und diesem Gedanken wäre offenbar in höchst ungleicher, unbilliger Weise Vollzug gegeben, wenn das Retentionsrecht eingeschränkt würde auf blosse Ausrüstungs- und Benutzungsgegenstände engsten Sinns. Alle Vermuthung spricht dagegen, dass der Gesetzgeber in einer Weise habe verfahren wollen, welche so sehr als unbillig erscheinen müsste, und überdem dazu angethan wäre, die Illusion einer grössern Tragweite des Rechtes zu unterhalten.

---

33. *Retentionsrecht. Verhältniss desselben zum gerichtlichen Pfandrecht. Art. 294 O.-R.*

**Schaffhausen.** Entscheid des Obergerichts vom 10. März 1883.

Ein Friedensrichter hatte in einem Rechtstriebe verschiedene Gegenstände gepfändet. Wie er nun die Versilberung vornehmen und zu diesem Behufe die Pfänder wegholen wollte, protestirte der Vermiether des Schuldners, indem er das Retentionsrecht i. S. von Art. 294 O.-R. geltend machte. Als der Beamte auf seinen Protest nicht hörte, wandte jener sich beschwerend an das Obergericht. Die Beschwerde wurde geschützt.

Motive: Nach dem vom Beschwerdeführer angerufenen Art. 294 O.-R. hat der Vermiether für den Miethzins des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, welche sich in den vermietheten Räumlichkeiten befinden und zu deren Einrichtung und Benutzung gehören. Dass diese Bestimmung hier zutrifft, sowohl bezüglich der Gegenstände wie des zwischen dem Beschwerdeführer und dem Schuldner bestehenden Rechts-

verhältnisses, ist ausser Zweifel. Ebenso geht ohne Zweifel das Retentionsrecht des Vermiethers dem gerichtlichen Pfandrecht jederzeit vor. (Schneider und Fick, Kommentar, Art. 294, Ziffer 3). Dies kann jedoch nur den Sinn haben, dass, bevor die gepfändeten Sachen weggenommen werden können, die Miethzinsforderung befriedigt sein muss.

Die Beschwerde ist also insoweit begründet, als gegen den Willen des Vermiethers die Gegenstände nicht aus den Miethsräumen entfernt werden durften. Nachdem ihm der Anspruch des Miethers bekannt war, hätte der Beamte nach § 29 und 30 des Schuldbetreibungsgesetzes verfahren sollen. Dabei wäre gleichgültig gewesen, ob ihm diese Einsprache schon bei der Pfändung oder erst nachher zur Kenntniss gelangt war (vgl. Entscheid vom 23. September 1881. Justizbericht 1881. S. 52 und 53). Dem Gläubiger hätte also von dem Bestehen des Retentionsanspruchs Mittheilung gemacht werden sollen; diesem wäre dann freigestanden, den Ausweis zu verlangen, indem er z. B. behauptet hätte, das Retentionsrecht bestehe nicht mangels eines Miethsverhältnisses, oder er hätte auch die Miethzinsforderung befriedigen und nachher Versilberung verlangen können. That der Gläubiger weder das eine noch das andere, so verzichtete er damit auf die Pfänder.

---

34. *Retentionsrecht. Geltendmachung. Art. 294 und 297 O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, II. Civilabtheilung, vom 5. October 1883, i. S. Wanner c. Stampfli und Mith.

Nach dem bernischen Gesetzbuch über das Vollziehungsverfahren in Schuldsachen §§ 643 ff. hat der Vermiether oder Verpächter das Recht, für seine Zinsforderung ein sogen. Bestandverbot auf die auf dem Bestandgegenstande befindlichen „Effekten und Früchte“ des Miethers oder Pächters herauszunehmen und dieselben, wenn nicht Bezahlung erfolgt, gantrechtlich versteigern zu lassen. Im angeführten Falle bestritten die Miether, dass Angesichts des schweizer. Obligationenrechts die Herausnahme eines Bestandverbotes überhaupt noch zulässig sei. Das Gericht verwarf diesen Einwand mit der kurzen Motivirung, „dass die bezüglichen Gesetzesvorschriften (§ 643 ff.) als dem Gebiete des formellen Process-Rechts angehörend, durch das Obligationenrecht nicht aufgehoben sind.“ (Nach diesem Urtheile kann

der Vermiether oder Verpächter zur Geltendmachung des ihm nach dem Obligationenrecht zustehenden Retentionsrechtes bezw. zur Eintreibung seiner Zinsforderung dieses besondere raschere Betreibungsverfahren wählen.)

---

35. *Retentionsrecht. Art. 224 ff. O.-R. Anwendung der Uebergangsbestimmung in Art. 887 O.-R.*

**Bern.** Urtheile des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 12. Februar 1884 i. S. Brugger c. Hofmann und Brugger c. Zwahlen.

Brugger verlangte in zwei gesonderten Processen von Hofmann und Zwahlen Wein zurück, welchen dieselben in Folge Beanstandung durch den staatlichen Chemiker zur Disposition gestellt hatten. Die Beklagten machten widerklagsweise Ansprüche auf Erstattung von Ohmgeld und Fracht und Entschädigung wegen langer Lagerung des Weines geltend und nahmen dafür ein Retentionsrecht in Anspruch. Ueber die Bedenken, welche nach dem bernischen Recht über die gesetzliche Begründung dieses Retentionsrechtes walten konnten, setzte der Art. 887 O.-R. das Gericht hinweg.

Motive (in beiden Urtheilen gleichlautend): Für Entscheidung der Frage sodann, ob das vom Beklagten prätendirte Retentionsrecht begründet ist, muss, obwohl die begründenden Thatsachen noch ins Jahr 1882 fallen, nach Art. 887 der Uebergangsbestimmungen des O.-R. doch dieses letztere, das im übrigen zur Zeit der Litispendenz schon in Kraft war (die Klage datirt vom 30. Januar und wurde angelegt am 12. Februar 1883) als massgebend betrachtet werden. Nach den einschlagenden Bestimmungen in Art. 224 ff. kann es nicht fraglich sein, dass der Beklagte befugt war, am Kaufsgegenstande für Gegenansprüche aus dem Kaufvertrage ein Retentionsrecht geltend zu machen.

---

36. *Bail à ferme. Résiliation pour défaut de paiement. Art. 312 C. O. L'usage n'accorde pas au bailleur des dommages-intérêts, parce que l'inexécution du bail ne peut être imputée à la mauvaise foi du preneur. Droit de rétention. Art. 228 et 294 C. O. Prétendue novation. Art. 143 C. O. Intervention d'un tiers propriétaire d'une partie des objets saisis.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 25 janvier 1884 dans la cause Baron c. mariés Blank et Decollogny.

Que sera-t-il statué sur l'intervention de Decollogny?

I. Il est constant en fait que, par acte sous seing privé passé à Cointrin le 12 décembre 1882, enregistré, le demandeur a affermé au défendeur sa propriété de Cointrin pour le terme de 9 années, qui devaient commencer le 21 février 1883, et pour le prix de 6300 fr. l'an, payable par semestre et d'avance les 21 février et 21 août de chaque année. Jusqu'à ce jour le défendeur n'a payé sur les termes échus que la somme de 300 fr., le 16 octobre dernier. Dès lors, le demandeur est fondé à conclure à la résiliation du bail, conformément aux art. 312 et 313 C. O.

Attendu que le demandeur réclame encore au défendeur une somme de 2755 fr. pour indemnité de rupture de bail et de déménagement clandestin;

Considérant qu'il n'est pas d'usage d'accorder une indemnité au propriétaire dont le bail se trouve résilié par suite de défaut de paiement de la part du locataire ou du fermier, alors qu'il n'est pas justifié que ce défaut de paiement soit dû à la mauvaise volonté de ce dernier;

Que tout, dans l'ensemble des faits de la cause, démontre que si le défendeur n'a pas payé, c'est faute de fonds et non par mauvaise volonté;

II. En ce qui concerne la demande en validité de saisie provisionnelle:

Considérant que, le 11 novembre dernier, Blank a souscrit, à l'ordre de Baron qui l'a accepté, un billet pour la somme de 1000 fr. à l'échéance du 8 février prochain;

Attendu qu'il convient d'examiner attentivement la question de savoir si ce billet fait pour partie novation à la créance de Baron;

Qu'en effet, l'art. 294 C. O. ne conférant au propriétaire un droit de rétention que pour la garantie du loyer, il est clair que du moment que ce qui lui est dû ne lui est plus dû pour loyer, mais pour une autre cause, il ne saurait plus faire usage, pour garantir cette nouvelle créance, du droit de rétention;

Attendu que l'art. 143 C O., reproduisant textuellement l'art. 1273 C. civ. français, s'exprime ainsi: „La novation ne se présume point, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte;"

Attendu qu'en présence de cette conformité de dispositions, il est tout naturel de trancher la question dans le même sens que la tranche la jurisprudence qui s'est formée devant les tribunaux français et d'après les auteurs français:

„La novation, dit Demolombe (Contrats et obligat. conventionn., V, n° 297), ne résulte pas de l'acceptation, même sans réserves, par le créancier de lettres de change ou autres effets, en paiement de ce qui lui est dû," et il cite à l'appui de cette manière de voir un nombre considérable d'auteurs et d'arrêts;

Attendu, dès lors, qu'il y a lieu, conformément à cette doctrine, de valider la saisie provisionnelle pour la totalité de la somme due par Blank à Baron, y compris la somme portée au billet souscrit le 11 novembre dernier, en donnant acte à Blank de l'offre que fait Baron de lui restituer ledit billet, qui se trouve effectivement compris dans les pièces au dossier.

III. Vu l'intervention de Decollogny, propriétaire de 10 des vaches comprises dans la saisie provisionnelle;

Attendu qu'au fond Decollogny .... conclut, en cas de vente des objets saisis, à ce que le Tribunal ordonne en premier lieu la vente des objets appartenant au fermier Blank; qu'il ordonne que la vente de ses 10 vaches n'aura lieu qu'après celle des objets appartenant à Blank et après l'attribution à Baron des sommes et valeurs par lui saisies en mains des tiers saisis; . . . .

Vu, en droit, les art. 294 et 228 C. O. et 454 loi de proc.;

Considérant qu'il résulte de la combinaison des art. 294 et 228 C. O., que le propriétaire peut, lorsqu'il n'est pas payé, poursuivre la réalisation de son droit de rétention comme un créancier gagiste;

Que, dès lors, l'intervenant n'est pas fondé à s'opposer à cette réalisation jusqu'à ce que les instances en saisie-arrêt dirigées par le demandeur au préjudice de Blank, entre les mains d'un ou plusieurs tiers saisis, aient reçu une solution;

Considérant qu'aux termes de l'art. 454 in fine loi de proc., le débiteur peut, lorsqu'il y a un intérêt, régler l'ordre dans lequel les objets saisis seront mis aux enchères;

Attendu qu'il n'y a pas de raison pour que ce droit n'appartienne pas également au propriétaire d'une partie des objets saisis, lequel y a au moins autant d'intérêt que le débiteur, alors qu'il demande à intervenir dans la saisie pour sauvegarder ses droits;

Que l'exercice de cette faculté ne peut causer aucun préjudice ni au saisissant ni au débiteur saisi;

Qu'il y a lieu, dès lors, de dire et prononcer que la vente des 10 vaches appartenant à l'intervenant n'aura lieu qu'après celle des autres objets saisis;

Considérant qu'il est inutile de réserver à ce dernier la faculté de payer au demandeur les loyers qui sont garantis par ses 10 vaches, afin d'en reprendre la possession, ce droit appartenant évidemment à l'intervenant et n'ayant pas besoin, pour être exercé, d'être consacré par un jugement.

---

37. *Dienstvertrag. Schadenersatz wegen einseitiger Entlassung ohne Kündigung. Art. 343, 346 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 28. Januar 1884.

Mit Schreiben vom 13. August 1882 hat der Beklagte H. den Kläger R. als Geschäftsreisenden angestellt mit Fr. 2000 Jahresgehalt. Eine bestimmte Anstellungsdauer oder Aufkündungsfrist ist dabei nicht vereinbart worden. R. hat die Anstellung alsbald angetreten und erhielt seinen Gehalt in Monatsraten. Am 10. Februar 1883 erklärte der Prinzipal H. dem R. nach vorangegangenem Wortwechsel, „er brauche von morgen an nicht mehr aufs Bureau zu kommen", und zahlte ihm das Gehaltsbetreffniss bis zu diesem Tage gerechnet aus. Auf R.'s Remonstration: „er gehe schon, verlange aber Mangels einer Aufkündung für die grundlose Entlassung eine Entschädigung von mindestens zwei Monat Gehalt", erwiederte H. dem R., „dieser könne ihn ja darum belangen."

Das Bezirksgericht R. hat in Anwendung der Art. 891, 343, 346 Satz 3 und 348 O.-R. die Klage des R. auf Fr. 335. 35 Rp. (zwei Monat Gehaltbetreffniss) gutgeheissen, falls Kläger R. die durch einen Zeugen zu halbem Beweise erbrachte Behauptung, „dass er am 10. Februar sein Salär von H. ausbezahlt erhalten und ohne vorhergehende Kündigung aus dessen Geschäft entlassen worden sei", noch durch den Partheieid zu vollem Beweis erhebe.

H. erhebt gegen dieses Urtheil Rekursbeschwerde, indem es den Art. 343 O.-R. verletze. — Weil der Dienstvertrag nicht auf bestimmte Dauer lautete, auch keine Aufkündungsfrist enthalten habe, so richte sich letztere nach der Salärzahlung, welche monatlich stattfand; das sei bei Abgang einer gesetzlichen Bestimmung St. Gallische Uebung; aber nicht zweimonatliche Kündigung bei einmonatlicher Zahlung. Selbst wenn aber bei Abgang von Gesetz und Uebung nach Art. 343 Satz 2 O.-R. am 10. Februar eine Kündigung auf Ende März geboten gewesen wäre, so sei durch das Urtheil mit zwei vollen Monaten Salär-

entschädigung dem R. mehr zugesprochen worden, als das O.-R. gestatte.

Die Rekursbeschwerde ist abgewiesen worden. — Ganz unrichtig aber ohne materiellen Einfluss auf den Sachentscheid ist jedenfalls der Art. 348 im Urtheil aufgeführt. — Der Art. 343 enthält nur die Bestimmung, wie ein Dienstvertrag ohne stipulirte oder aus dem Zweck der Dienste ersichtliche bestimmte Dauer durch Kündigung aufgehoben werden könne, aber keine Bestimmung über die Rechtsfolgen einer einseitigen plötzlichen Aufhebung des Dienstverhältnisses ohne jegliche Kündigung. Aus der Motivirung des Urtheils und aus der Anrufung des Art. 346 Satz 3 neben dem Art. 343 erhellt, dass das Gericht die ökonomischen Folgen der hier ohne Kündigung erfolgten einseitigen Aufhebung des Dienstvertrages nach seinem freien Ermessen unter Würdigung der Umstände und des Ortsgebrauches zu bestimmen sich berechtigt glaubte und hiefür die eingeklagten zwei Monate Salär für recht und sachgemäss gefunden hat. Das Urtheil spricht nicht aus, auf welche Frist am 10. Februar hätte gekündigt werden können; es konstatirt, dass überhaupt nicht gekündigt worden ist, und subsumirt die plötzliche Aufhebung des Vertrages unter den Art. 346 Satz 3. Es mag — weil materiell auf Eines hinauslaufend — dahingestellt bleiben, ob sich die „vorzeitige Auflösung" im Art. 346, Satz 3 wirklich auf den gesetzwidrigen Rücktritt vom Dienstvertrage bezieht, wie er hier vorliegt, oder bloss auf die im Art. 346 vorgesehenen Fälle einer statthaften Aufhebung des Dienstvertrages vor Ablauf der Dienstzeit. Im letztern Fall wäre der gesetzwidrige Dienstvertragsbruch wohl nach den allgemeinen Vorschriften über die „Folgen der Nichterfüllung" Art. 110—125 O.-R. zu beurtheilen und der Schadenersatz ebenfalls nach dem freien Ermessen des Richters unter Würdigung der Umstände festzustellen.

---

**38.** ***Haft der Gastwirthe. Unter „eingebrachten Sachen" sind nicht nur die mitgeführten Reiseeffecten, sondern auch nachgesendete Gegenstände zu verstehen. Art. 486 O.-R.***

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 13. November, bestätigt vom Appellationsgericht am 20. December 1883 i. S. Ed. Stern c. G. Fässy.

Am 10. Juni 1882 kam auf Weisung des damals als Reisender des Klägers angestellten Moritz Kaufmann ein

Waarenballen in den Gasthof des Beklagten und wurde daselbst im Bureau unter Bezahlung der Fracht mit Fr. 57. 50 in Empfang genommen und irgendwo untergebracht. Nach Angabe des Klägers soll dann circa 8 Tage später eben dieser Moritz Kaufmann die Frachtauslagen bezahlt und dem Beklagten persönlich mitgetheilt haben, der Ballen werde bis auf weitere Verfügung bei ihm liegen bleiben. Der Beklagte giebt die Möglichkeit dieser Thatsache zu, kann aber über das weitere Schicksal des Ballens keine Auskunft geben. Als Kläger später darüber verfügen wollte, und an Beklagten eine bezügliche Weisung gab, fand sich der Ballen nicht mehr vor und Beklagter war auch nicht im Stande anzugeben, durch wen er weggeholt oder an wen er gesendet worden sei. Kläger fordert daher heute Schadensersatz mit Fr. 699. 96 als dem Fakturawerth, der sich aus der an den Adressaten (der die Waare refusirt hatte) ausgestellten Faktur ergebe und 5% Zins seit dem Tage der Klage. Die Klage wurde in beiden Instanzen gutgeheissen.

Motive: Die Einwendung, dass Kläger nicht zur Klage legitimirt sei, ist nicht stichhaltig, da nicht bestritten werden kann, dass M. Kaufmann als Angestellter des Klägers in dieser Sache gehandelt hat und Kläger auch durch Einlegung der zwei Frachtbriefe, welche der Beklagte bezahlt und M. Kaufmann eingelöst hat, den Beweis dafür erbringt, dass die Sache ihn betrifft. Die Behauptung aber, dass Kläger den M. Kaufmann selber schon dafür belangt habe, ist theils nicht bewiesen, theils für diesen Prozess unerheblich, indem dem Beklagten daraus kein Präjudiz erwachsen kann. Dann aber muss die Haftpflicht des Beklagten als vorhanden angenommen werden und zwar gemäss Art. 486 O.-R., da unter den allgemeinen Begriff der von einem Gast eingebrachten Sachen nicht nur die gerade eingeführten Reiseeffekten, sondern auch nachgesendete und sonst zugeschickte Gegenstände gehören, und ein Wirth, wenn er solche annimmt, sich nicht dadurch späterer Haftpflicht entziehen kann, dass er behauptet, er hätte sie eigentlich nicht anzunehmen brauchen. Für die Höhe der Entschädigung muss die eingelegte Faktur massgebend sein, gegen deren Richtigkeit der Beklagte nichts vorgebracht hat.

---

39. *Wechselbürge. Kann sich nicht auf Art. 503 O.-R. berufen.*

**Bern:** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 24. Oktober 1883, i. S. Steiger und Balsiger c. Spar- und Leihkasse Thun.

Nach Erörterung einer Frage des kant. Betreibungsrechts wurden aufgestellt folgende Motive: Will man aber hievon absehen und auf die materielle Frage eintreten, ob, wie die Kläger behaupten, die Verbindlichkeit seit Erlassung der Wechselaufforderung — einzig um diesen Fall kann es sich in casu handeln — dahingefallen sei, so wäre auch dieser Einwand unbegründet, da er sich auf Art. 503 O.-R. stützt, der hier nicht zutrifft. Derselbe bezieht sich nämlich blos auf eigentliche Bürgen, nicht aber auf Solidarschuldner, als welche die Wechselbürgen nicht blos nach § 96 der Bern. W.-O., sondern auch nach Art. 808 O.-R. anzusehen sind.

---

### 40. *Einfache Gesellschaft. Unzeitige Kündigung. Art. 546 O. R.*

**Thurgau.** Entscheid der Rekurskommission des Obergerichts vom 15. Dezembar 1883 i. S. Joh. Hubmann und Consorten c. Heinr. Hubmann.

Die Litiganten besitzen eine gemeinsame Mostereieinrichtung. Unter'm 17. September 1883 liessen die Appellaten dem Appellanten amtlich mittheilen, dass sie Theilung der gemeinsamen Mostereieinrichtung verlangten, eventuell eine Auflösung durch Verkauf. Der Appellant protestirte gegen dieses Begehren unter Berufung darauf, dass dasselbe mit Rücksicht auf das Object, welches gerade im September und October gebraucht werde, zur Unzeit gestellt sei. Die erste Instanz schützte das Begehren auf sofortige Theilung. Von der Rekurskommission wurde dasselbe abgewiesen.

Motive: Das Rechtsverhältniss, welches zwischen den Litiganten besteht, ist, wie die erste Instanz richtig angenommen hat, eine einfache Gesellschaft im Sinn der §§ 524 ff. O. R.: die vier Nachbaren haben sich vertragsgemäss verbunden, um einen gemeinsamen Zweck — eine Mostereieinrichtung zu haben — mit gemeinsamen Mitteln zu erreichen. Die Gesellschaft ist auf unbestimmte Dauer geschlossen. Nach Art. 546 O. R. kann jeder Gesellschafter den Vertrag auf sechs Monate künden, jedoch soll dieses in guten Treuen und nicht zur Unzeit geschehen. Nur aus wichtigen Gründen, welche hier nicht in Frage kommen, kann die Auflösung der Gesellschaft ohne Kündigung verlangt werden. Die erste Instanz nimmt

mit Unrecht an, dass diese Bestimmungen des Obligationenrechts hier nicht gälten, weil die Gesellschaft vor Einführung des Obligationenrechts zu Stande gekommen sei: Art. 891 O. R. sagt ausdrücklich, dass bei stillschweigender Fortsetzung eines vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages die Bestimmungen des Obligationenrechts in Kraft treten. Nun haben die Appellaten die sechsmonatliche Kündigungsfrist nicht inne gehalten und ihre Kündigung am 17. September ist zur Unzeit und gegen die gute Treue erfolgt. Wenn eine Mostereieinrichtung angeschafft wird, so geschieht dies, um im Herbst, also im September und October, damit mosten zu können, und die Gesellschafter, welche gerade im Anfang der Mostereiperiode kündigen und sofortige Liquidation verlangen, handeln gegen die gute Treue, wollen eine Chikane ausüben. Hier ist das um so eher der Fall, als der Appellant die gemeinsame Mostereieinrichtung das ganze Jahr hindurch unentgeltlich in seinem Hause hatte und sie ihm nun — da die Erntezeit gekommen — sofort entzogen werden will. Da nur streitig ist, ob der Appellant sich die sofortige Theilung Mitte September hätte gefallen lassen müssen, oder ob er berechtigt gewesen sei, die Theilung wenigstens auf Ende Oktober zu verschieben, so muss die appellatische Ansicht als unrichtig und die appellantische als die begründete bezeichnet werden und ist demgemäss auch der Kostenpunkt, um den es sich in der Hauptsache handelt, zu reguliren.

Die Appellaten haben verlangt, dass jedenfalls ein Beweisverfahren vor dem endgültigen Entscheid angeordnet werde; allein die Recurskommission hält dies nicht für nothwendig. Die Behauptung, dass die Appellaten schon einige Wochen vor der amtlichen Anzeige beim Appellanten Liquidation verlangt hätten, ist unerheblich, denn auch wenn sie wahr wäre, lägen die Voraussetzungen des Obligationenrechts nicht vor. Die weitere Behauptung, dass nach der amtlichen Anzeige der Appellant beim Gemeindcammannamte in Bichelsee sich mit der Liquidation einverstanden erklärt habe, ist in dieser Form nicht bestritten, die gleiche Erklärung hat Appellant ja auch im Prozess abgegeben. Streitig ist nur, ob sofort oder erst Ende October hätte liquidirt werden sollen, und dafür, dass in der zweiten Hälfte September der Appellant ausdrücklich mit der sofortigen Liquidation der Mostereieinrichtung einverstanden gewesen sei, ist kein Beweis beantragt, ja es ist auch eine solche Behauptung nicht aufgestellt worden.

41. *Collectivgesellschaft. Das einem Gesellschafter zustehende Recht der Einsicht in die Geschäftsbücher kann beschränkt werden, wenn anzunehmen ist, ein Gesellschafter suche die Geschäftsbücher zum Nachtheile der Gesellschaft und zu Gunsten eines Concurrenzgeschäftes auszubeuten. Art. 541, 558 O. R.*

**Nidwalden.** Urtheil des Obergerichts vom 26. October 1883 i. S. F. J. Siegwart und A. Siegwart c. die Comp. Siegwart.

Die Brüder F. J. Siegwart in Bern und Robert Siegwart in Wauwil verlangten, dass die Firma Siegwart u. Cie., Glashüttengeschäft in Hergiswil, dem R. Siegwart für sich und Namens seines Bruders, als Antheilhaber an genannter Gesellschaft, Einsicht in den Gang des gemeinsamen Geschäftes und die bezüglichen Geschäftsbücher laut Art. 561 O. R. zu gestatten habe.

Beklagte verweigerte dem Kläger, der ein Concurrenzgeschäft betrieben hatte, die persönliche Einsicht in die Geschäftsbücher, erbot sich aber, dieselben einem vom Obergerichte zu bezeichnenden unparteiischen Dritten vorzuweisen.

Das Obergericht erkannte; Es ist dem R. S. für sich und Namens seines Bruders die persönliche Einsicht in die Bücher der Firma S. u. Cie., soweit dieselben die Fabrikation und den Verkauf des Glases betreffen, nicht gestattet, wohl aber in die Rechnungen über Immobilien. Für Erstere kann sich Kläger durch einen Dritten, der von Beklagten genehm gehalten wird, auf Kosten der Letztern Einsicht verschaffen und Bericht machen lassen. Sofern sich die Parteien über den Dritten nicht einigen können, mögen sie Vorschläge dem Obergerichte einreichen, das aus diesen oder nach freier Wahl eine Persönlichkeit bezeichnen wird.

Motive: Es ist gemeinrechtlicher Grundsatz und seit Inkrafttreten des O. R. Art. 536 und 558 geschriebenes Recht, dass Gesellschafter nicht gegen den Zweck und das Interesse der Gesellschaft handlungsberechtigt sind, also nicht ohne besondere Bewilligung an einer andern gleichartigen Unternehmung sich betheiligen dürfen. R. S. hat in der Stellung als Antheilhaber am Glashüttengeschäft in Hergiswil eine gleichartige Unternehmung in Wauwil in's Leben gerufen, die nämlichen Waaren fabrizirt und dadurch gegen seine erste Verbindung ein benachtheiligendes Concurrenzgeschäft gegründet.

Er hat nun allerdings am 10. December 1882 seinen Antheil am Geschäfte in Wauwil seinem Schwager K. S. um die Summe von Fr. 70,000 abgetreten. Laut Kaufakt wurden Fr. 7000 entrichtet, für die übrigen Fr. 63,000 bleibt R. S.

Ansprecher an seinem Schwager, wofür die Glashütte in Wauwil verpfändet ist; er erscheint daher am Gedeihen dieses Geschäftes in dem Masse interessirt, dass er aus einer Einsicht in die Bücher und in die Geschäftsführung der Beklagten zum Nachtheile der Letztern bedeutenden Vortheil ziehen könnte.

Der Art. 541 O. R. ist in vorliegendem Falle nicht zutreffend, indem derselbe sich offenbar nur auf solche von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter bezieht, die zur Gesellschaft in keinem entgegengesetzten Interessenverhältnisse stehen. Im Fragefalle kommt gegen Kläger Art. 558 zur Anwendung.

---

42. *Collectivgesellschaft. Haftpflicht der einzelnen Gesellschafter. Der einzelne Gesellschafter kann für die Verbindlichkeiten der Firma persönlich belangt werden, sobald über die Gesellschaft der Concurs eröffnet worden ist. Art. 564, 568 und 572 O.-R.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 17. Januar 1884.

Durch das Amtsblatt d. d. 29. September 1883 wurde wegen einer Wechselschuld der Concurs über eine Kollektivgesellschaft publizirt. Gleich nachdem die Publikation des Firmaconcurses stattgefunden, hatte der Gläubiger, welcher seine Forderung daselbst angemeldet und damit in die VI. Klasse gewiesen worden, gegen einen einzelnen Gesellschafter, welchen er als ausgetreten bezeichnete, bezüglich des gleichen Betrages die Wechselvollstreckung eingeleitet und die Erkennung des Concurses anbegehrt.

Das Bezirksgericht wies das Concursbegehren ab, von der Anschauung ausgehend, dass dem Concurs über die einzelnen Gesellschafter die Durchführung und Erledigung des Firmaconcurses vorangehen müsse. Vom Obergericht dagegen wurde das Begehren um Erkennung des Concurses gegen den fraglichen Gesellschafter als zulässig erklärt und die sofortige Publikation desselben angeordnet.

Motive: Was die Frage betrifft, ob der einzelne Gesellschafter für die Schulden der Firma im gegenwärtigen Stadium der Sache, vor Ausführung des Concurses über die Gesellschaft, belangt werden könne, so ist für die Entscheidung derselben folgende Betrachtung massgebend.

Das Bezirksgericht stützt seinen das gestellte Concursbegehren abweisenden Entscheid auf Art. 568 O.-R.

Das Bezirksgericht folgert aus dieser Gesetzesstelle: Von der Belangung des einzelnen Gesellschafters könne erst dann die Rede sein, nachdem durch Ausführung des Concurses über die Gesellschaft konstatirt worden, welches der unbezahlt bleibende Rest der Forderung sei.

Allein diese Auffassung des Art. 568 kann unmöglich im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben; sie würde den Grundsatz der Art. 564 und 572 O.-R., wonach sofort nach Ausbruch des Geldstages über die Gesellschaft die einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsschulden, als mit ihrem ganzen Vermögen haftende Solidarschuldner, persönlich belangt werden können, geradezu wieder aufheben, wenigstens ihm seine wesentliche praktische Bedeutung benehmen. Den Gesellschaftsschuldner als im Falle des Firmaconcurses für die Gesellschaftsschulden solidarisch haftbar zu erklären, dagegen den Gläubiger mit der Realisirung seiner daherigen Forderung bis zur vollständigen Durchführung des Gesellschaftsconcurses, welche oft lange Zeit in Anspruch nimmt, zu vertrösten, hiesse mit der einen Hand nehmen, was die andere gegeben hat. Eine solche Inkonsequenz darf dem Gesetzgeber nicht zugetraut werden, um so weniger, als Art. 568 ohne jeden Zwang auf andere Weise gedeutet werden kann.

Dieser Artikel bezieht sich offenbar nicht auf die hier zu beantwortende Frage der Gleichzeitigkeit oder der Aufeinanderfolge des Concurses der Firma und der Gesellschafter, welche in Art. 564, Abs. 3 gelöst ist, sondern einzig auf die Frage des Umfangs der Haftpflicht der Gesellschafter Dritten gegenüber und kann daher im Falle auch nicht als Grundlage der Entscheidung angesehen werden.

---

43. *Wechselexecution. Ausschluss von Einreden des Wechselschuldners durch das kantonale Recht als Folge unterlassener Deposition. Art. 720, 886 und 889 O. R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 15. Januar 1884, i. S. Handwerkerbank Basel c. Rüfli.

Nach den Bestimmungen der bern. Wechselordnung über Wechselexecution und Wechselprozess, §§ 97 ff., findet gegen den Wechselschuldner, welcher auf richterliche Aufforderung hin nicht am nächstfolgenden Werktage die Wechselsumme nebst Accessorien deponirt, die Execution in gleicher Weise statt wie diejenige eines rechtskräftigen Urtheils. Es folgt

daraus nicht nur ein schnelleres Rechtstriebsverfahren, sondern auch der Ausschluss der Einreden des Schuldners. Er kann die Execution nur noch in dem Falle hemmen, wenn er sofort durch Urkunden Zahlung oder Erlass seit Ablauf der Depositionsfrist beweist. Rüfli, auf Grundlage eines Eigenwechsels vom 12. Juni 1883 zur Zahlung oder Deponirung aufgefordert, unterliess Beides. Dem hierauf ausgewirkten Vollziehungsbefehl trat er mit einer Kassationsklage entgegen. Er behauptete, aus der Wechselbegebung Einreden gegen den Vormann der Handwerkerbank zu haben und brachte im weitern an, das Indossement an letztere sei nur erfolgt, um ihm diese Einreden abzuschneiden. Der Einwendung, dass er nach Unterlassung der Deposition mit diesen Einreden nicht mehr gehört werden könne, hielt er entgegen, dass die ihm durch das O. R. ertheilten Einreden durch das kant. Recht nicht beschränkt werden dürfen. Der Gerichtshof verwarf diese Ansicht.

Motive: In der Hauptsache selbst kann es sich, wie der erstinstanzliche Richter zutreffend annimmt, einzig nur um die Frage handeln, ob der fragliche Vollziehungsbefehl zu kassiren sei oder nicht, keineswegs aber auch darum, ob dem Kläger Einreden gegen seine Schuldpflicht aus dem Wechsel zustehen. Denn es hat Kläger auf die amtliche Aufforderung hin weder den Wechselbetrag und Folgen deponirt, noch sich von der Depositionspflicht befreien lassen. Es erfolgt daher nach § 97 W. O. die Vollziehung wie bei einem rechtskräftigen Urtheil und sind daher nach § 401 C. P. dagegen nur noch die sogleich durch Urkunden zu beweisenden Einreden der Zahlung oder des Erlasses statthaft.

Der Kläger wollte zwar heute die Bestimmungen des O. R. über das kantonale Vollziehungsverfahren stellen, was aber nach Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur B. V. (cfr. auch Art. 886 und 889 der Uebergangsbestimmungen des O. R.) schlechterdings nicht angeht.

---

**44.** ***Wechselrecht. Rechtliche Bedeutung der Valutaclausel („Werth in Waaren erhalten"). Einreden des Wechselschuldners. Art. 811 O.-R.***

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 25. Sept. 1883 und des Appellationsgerichts vom 1. November 1883.

J. J. Huber stand mit H. Itschner Sohn in geschäftlicher Verbindung, indem er einerseits Waaren von ihm bezog,

anderseits Wechsel des Itschner acceptirte und Waarensendungen, zu deren Bezug dem I. der Credit mangelte, kaufte und dem I. weiter verkaufte. Am 2. Januar 1883 acceptirte Huber eine von Itschner an eigene Ordre auf ihn gezogene Tratte per 5. Febr. 1883 im Betrag von Fr. 1050 und am 12. Januar eine fernere Tratte per 6. Februar im Betrag von Fr. 1000. Auf beiden Wechseln standen die Worte: „Werth in Waaren erhalten". Itschner versetzte diese Wechsel bei zwei Bankhäusern gegen ihm eröffnete Credite, gerieth aber vor Benutzung dieser Credite in Concurs. Die beiden Banken cassierten dann die Wechsel an den Verfalltagen bei Huber ein und stellten das Geld der Concursmasse zur Verfügung. Huber forderte nun von der Masse die beiden Wechselbeträge unbeschwert zurück, weil es Gefälligkeitsaccepte gewesen seien und Itschner, resp. seine Masse keine Rechte daraus hätten geltend machen können. Die Masse lehnte das ab, weil Huber als Wechselschuldner habe zahlen müssen und nur eine Gegenforderung aus dem unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisse haben könnte, wofür er als Chirographargläubiger zu collociren sei.

Das Civilgericht wies die bezügliche Klage des Huber gegen die Konkursmasse Itschner ab. Die Motive führen aus, dass es sich um eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung handle, und dieser gegenüber die Beklagte allerdings so anzusehen sei, als hätte sie selbst die Wechsel gegen Huber geltend gemacht, indem die Bankhäuser die Wechsel nur für Rechnung der Masse eincassiert hätten. „Es unterliegt daher", fährt das Urtheil fort, „keinem Zweifel, dass die Einrede, es entspreche dem Accept kein Gegenwerth, und es sei dasselbe nur im Sinne einer Garantie für Itschner ausgestellt worden, gegenüber der Masse nach § 811 O.-R. hätte geltend gemacht werden können.

Allein es fehlt für die behauptete Thatsache der Nachweis. Die Wechsel selbst deuten darauf hin, dass Kläger den Gegenwerth in Waaren erhalten habe, und wenn auch Kläger, sofern man die zur Zeit der Ausstellung der Accepte erst gelieferten Waaren in Berücksichtigung zieht, sich im Vorschuss befand, so ist trotzdem leicht möglich, dass Kläger mit den Accepten frühere Waarenlieferungen von Itschner ausgleichen wollte, während die klägerischen Fakturen noch nicht fällig waren. Immerhin liesse sich fragen, ob der Kläger aus den ihm zustehenden Gegenforderungen nicht die Compensationseinrede gegenüber der Masse Itschner hätte erheben können; allein er hat diess nicht gethan und von

Amtswegen kann ein solcher Compensationsanspruch nicht berücksichtigt werden. (Art 138 O.-R.)"

Das Appellationsgericht verurtheilte dagegen die Beklagte zu Bezahlung der beiden Wechselbeträge an Kläger, in Erwägung:

Der Nachweis, dass den Accepten kein Gegenwerth entspreche und dieselben nur aus Gefälligkeit für Itschner gegeben seien, damit dieser sich Credit verschaffen könne, ist als erbracht anzusehen. Die Valutaclausel spricht nicht dafür, dass wirklich ein Gegenwerth gegeben worden sei, da sie oft ohne allen Grund beigesetzt wird zu dem Zweck leichtern Begebung des Wechsels. Dagegen ergiebt sich aus dem eingelegten und anerkannten Contocorrent, dass zur Zeit der Acceptation der beiden Wechsel am 2. und 12. Januar der Kläger Appellant im Vorschuss war, und ebenso war er es zur Zeit der Concurseröffnung. Dass mit den beiden Accepten frühere Waarenlieferungen von Itschner sollten ausgeglichen werden, während die klägerischen Fakturen damals noch nicht fällig waren, ist durch nichts erwiesen.

---

45. *Wechselrecht. Verjährung der Regressansprüche des Inhabers gegen die Vormänner. Art. 804, 806, 813, 772 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 2. October 1883.

Die Bank in W. erhielt von N. M. einen Wechsel vom 15. Jänner von Fr. 2120 an Zahlungsstatt, ausgestellt von N. M. auf X. im Kanton S. und von diesem acceptirt an die Ordre und girirt von G. D., zahlbar am 15. April 1883. Der Acceptant X. fiel in Concurs und der Wechsel Mangels Zahlung desswegen in Protest. Hievon gab die Bank am 27. April 1883 dem Aussteller N. M. und dem Giranten G. D. Kenntniss. Einige Tage später berichtete die Bank an Beide, der Protest sei in ihren Händen und die Kosten betragen Fr. 16. 40 und lud sie ein, die Fr. 2136. 40 auf 1. Mai zu bezahlen. Am 29. gleichen Monats versprach der Aussteller N. M. dem Giranten G. D., die Sache zu ordnen, und dieser nahm an, das werde nun geschehen. Gleichzeitig schickte der Aussteller N. M. der Bank vier neue Wechsel von zusammen Fr. 4571 an Zahlung und stellte ihr die restirenden Fr. 573. 80 auf nächster Tage auch in Aussicht. Darauf schickte die Bank am 2. Mai den Wechsel nebst Protest dem Aussteller N. M. mit dem Beifügen, sie gewärtige also die fehlenden Fr. 573. 80 demnächst von ihm

zu erhalten. Tags darauf übersendet der Aussteller N. M. dem Giranten G. D. — der ihm nur Gefälligkeits halber den Wechsel girirt und für ähnliche Gefälligkeiten bereits ein Guthaben an N. M. zu fordern hatte — den Wechsel nebst Protesturkunde, mit dem Ersuchen, für diesen Wechsel die nöthigen Schritte im Concurse des Acceptanten X. im Kanton S. zu veranlassen und dem N. M. das Ergebniss seinerzeit gutzuschreiben. Am 12. Mai fiel auch N. M. in Concurs, ohne der Bank in W. die auf diesem Wechsel noch rückständigen Fr. 573. 80 bezahlt zu haben. Am 31. Mai erhob diese gegen den Giranten G. D. die rechtliche Betreibung für die Wechselrestschuld, erhielt aber Rechtsvorschlag, und nun belangt sie ihn für diesen Betrag und stützt sich darauf, dass sie ihm rechtzeitig vom Proteste Kenntniss und dadurch Veranlassung gegeben habe, sie für die Wechselsumme zu befriedigen und sich beim Aussteller und Acceptanten dafür zu erholen. Vom Kantonsgerichte wurde die Klage abgewiesen.

Motive: Die Verjährung der Regressansprüche der Bank in W. als Wechselinhaberin gegen den Giranten G. D. wurde durch die briefliche Kenntnissgabe der Protesterhebung und Zahlungsaufforderung an G. D. nicht unterbrochen (Art. 806) und war abgelaufen schon vor Anhebung der rechtlichen Betreibung vom 31. Mai (Art. 804 Ziff. 1). Nur gegen Aushändigung des Wechsels, des Protestes und der quittirten Retourrechnung wäre der Regresspflichtige G. D. verbunden gewesen, der Wechselinhaberin Zahlung zu leisten (Art. 772); aber dieser Auslieferungspflicht konnte die Bank in W. gegenüber G. D. gar nicht Genüge leisten, weil sie den Wechsel nebst Protest selbst nicht mehr besass, sondern bereits an den Aussteller N. M. abgegeben hatte. Der Umstand, dass G. D. den Wechsel und Protest inzwischen aus den Händen des N. M. erhalten hatte, konnte der Bank in W. bei ihrer nachträglichen Regressnahme auf G. D. nicht zu Statten kommen. Nun wären durch Verjährung oder durch Nichtbeachtung einer zur Erhaltung des Wechselrechtes vorgeschriebenen Frist oder Formalität die wechselrechtlichen Verbindlichkeiten des G. D. aus dem Wechsel selbst dann erloschen, wenn die Verjährung oder Versäumniss durch höhere Gewalt oder ohne eigenes Verschulden des Wechselgläubigers herbeigeführt worden wäre (Art. 813), was hier die Bank in W. zu ihren Gunsten nicht einmal hätte vorbringen können.

46. *Forme du protêt. Prescription du recours faute de paiement. Les protêts d'effets souscrits en faveur de la Banque cantonale vaudoise, dressés par l'huissier-exploitant du Cercle de Lausanne, conformément au décret et à l'arrêté vaudois de 1849, satisfont aux prescriptions du Code fédéral des Obligations. Les dispositions de ce Code relatives à la prescription du recours faute de paiement sont applicables même à des billets de change souscrits antérieurement au 1er janvier 1883. Art. 814, 815; 804, 805, 882 et 901 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 11 décembre 1883 dans la cause Bratschy c. Moret.

Le 8 novembre 1882 C. Bratschy, à Chesières, a souscrit en faveur de la Banque cantonale vaudoise un billet à ordre de 290 fr. à l'échéance du 21 mars 1883, payable au domicile de la dite banque. Ce billet a été endossé solidairement par le père du souscripteur, Pierre Bratschy, à Gryon, et David Moret, à Chesières. Ensuite du non paiement à l'échéance, protêt a été dressé le lendemain par l'huissier-exploitant du Cercle de Lausanne, cela conformément à un décret et à un arrêté vaudois de 1849, d'après lesquels cet officier public est chargé de tous les protêts concernant des effets dus à la Banque cantonale.

Le protêt ayant de plus été notifié aux deux endosseurs, P. Bratschy a payé le billet le 9 mai 1883, mais il n'a donné aucun avis de recours à son coendosseur Moret, et s'est borné à pratiquer le 13 septembre 1883 une saisie contre ce dernier afin d'être remboursé de la moitié du billet.

Moret a opposé à cette saisie par divers moyens de fait et de droit, et il s'est fondé entre autres :

1° Sur ce que le protêt serait nul comme ayant été dressé en une forme irrégulière et par une personne incompétente ;

2° Sur ce que Bratschy aurait perdu son droit de recours, ni la Banque ni lui n'ayant fait les diligences exigées par les art. 804 et suiv. C. O.

Le juge de paix du Cercle d'Ollon ayant admis l'opposition de Moret, Bratschy a recouru, mais le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Motifs: Sur le premier point: Considérant que le protêt ci-dessus a été dressé en la forme prescrite par le décret du 22 mai 1849 et par l'arrêté du 23 juin 1849 pour les protêts des effets payables au siège de la Banque cantonale ; que celle forme ne diffère, sous aucun point essentiel, de celle prescrite par l'art. 815 C. O., de sorte qu'il a été satisfait aux prescriptions de ce dernier article.

Considérant que l'art. 814 porte que tout protêt doit être dressé par un notaire ou par un autre officier public ayant qualité à cet effet.

Qu'il appartient évidemment aux autorités cantonales, vu le silence de la loi fédérale sur ce point, de désigner les officiers publics, autres que les notaires, qui ont qualité pour dresser les protêts.

Que par l'art. 5 du décret du 22 mai 1849 l'huissier-exploitant de Lausanne a reçu qualité pour dresser les protêts des effets en faveur de la Banque cantonale vaudoise et payables au domicile de cet établissement.

Que ce décret a été rendu par l'autorité compétente et qu'on ne saurait soutenir qu'il soit contraire aux constitutions soit vaudoise, soit fédérale, qui consacrent le principe d'égalité devant la loi et d'absence de privilèges de personnes, etc.

Sur le second point: Considérant que ces moyens sont tirés de ce que la banque, comme porteur du billet, et P. Bratschy, comme endosseur, ont laissé écouler les délais fixés aux art. 804 et 805 C. O. sans diriger contre D. Moret une poursuite ou une action en justice, conformément à l'art. 806, en sorte que leur recours en paiement contre l'intimé serait prescrit.

Que P. Bratschy combat ces moyens par le motif que les dispositions précitées du C. O ne seraient pas applicables à la cause, le titre qui fonde la saisie étant antérieur au 1er janvier 1883.

Considérant qu'à teneur de l'art. 882 C. O., „les faits postérieurs au 1er janvier 1883, notamment la transmission et l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par le présent code".

Considérant que la prescription est un des modes d'extinction des obligations indiqué comme tel au titre III.

Que, dès lors, les art. 804 et 805, qui établissent un mode de prescription particulier au droit de change, soit un mode spécial d'extinction des obligations du tireur et des autres garants, sont applicables même à des billets souscrits avant le 1er janvier 1883.

Considérant que Bratschy ne saurait échapper à l'application de ces dispositions en invoquant l'art. 901 C. O., à teneur duquel „la responsabilité résultant de l'apposition d'une signature sur une lettre de change et l'admissibilité de l'exécution selon les régles spéciales en matière de lettre

de change s'apprécient d'après la loi en vigueur à l'époque où la signature a été donnée."

Qu'en effet, il ne s'agit point, en l'espèce, de rechercher quelles étaient la nature et l'étendue de la responsabilité qu'entraînait pour Moret sa signature comme endosseur du billet, ni d'examiner si cette signature pouvait autoriser contre lui des moyens d'exécution spéciale au droit de change; mais uniquement de savoir si, aujourd'hui cette responsabilité subsiste encore, ou si, comme Moret le prétend, les obligations qu'il avait contractées sont éteintes par prescription.

Que l'art. 901 est étranger à cette question, qui est au contraire résolue par l'art. 882 dans le sens de l'application du code fédéral.

Considérant, en ce qui concerne les dispositions de celui-ci, que ni la Banque ni P. Bratschy n'ont interrompu, conformément à l'art. 806, la prescription qui courait contre eux à teneur des art. 804 et 805 et que le délai d'un mois prévu à ces articles était écoulé au moment où Bratschy a pratiqué sa saisie.

Qu'ainsi, il était, à cette époque déchu de son recours en paiement contre Moret, et que l'opposition de ce dernier est fondée à ce point de vue.

---

47. *Inhaberpapiere. Keine solche sind die Depositenscheine der Zürcher Kantonalbank, trotzdem sie dahin lauten, dass der „jeweilige Inhaber als zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt betrachtet wird". Art. 846 O. R. Die Amortisation solcher Depositenscheine ist daher unzulässig. Art. 849 O. R. Siehe unten bei No. 52.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichts vom 19. Februar 1884 i. S. Hanert.

Paul Hanert zahlte unterm 12. Mai 1882 bei der zürcher. Kantonalbank Fr. 10,000 ein gegen einen Depositenschein, welcher lautet: „Die Zürcher Kantonalbank bescheinigt anmit, von Herrn Paul Hanert in Zürich ein Depositum im Betrage von Fr. 10,000 empfangen zu haben, mit der Verpflichtung, dasselbe jederzeit ohne vorherige Kündigung nebst erlaufenem Zins zu 4% per Jahr, abzüglich 1/8 % Kommission, wieder zurückzubezahlen. Die Rückzahlung geschieht jedoch nur gegen Rückgabe dieses Depositenscheines, dessen jeweiliger Inhaber als zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt betrachtet wird." (Datum und Unterschriften der Kantonalbank.)

Der Vertreter des Hanert stellte das Gesuch um Einleitung des Amortisationsverfahrens über diesen Depositenschein, sowie um Erlass eines Zahlungsverbotes an die Kantonalbank. Das Gesuch wurde jedoch abgewiesen.

Motive: Der Begriff der „Inhaberpapiere" ist im Schweiz. Obligationenrecht nirgends formulirt; die Theorie und Praxis versteht darunter diejenigen Urkunden, in denen eine Vermögensleistung in der Weise versprochen wird, dass der Schuldner nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, an den Inhaber des Papiers als Gläubiger zu zahlen. Hiebei kann es auf die Ausdrucksweise nicht ankommen, und insbesondere ist es, sobald jener Sinn feststeht, als unerheblich zu bezeichnen, ob im Schuldschein des weitern noch der Name des ersten Inhabers und der Schuldgrund genannt sei oder nicht. Die Unerheblichkeit ergiebt sich daraus, dass das Inhaberpapier nur insoweit eine Modification des gewöhnlichen Schuldscheines ist, als darin die Zahlung an den jeweiligen Inhaber versprochen wird, und dass mit diesem Versprechen weder die Nennung des Einzahlers noch diejenige des Schuldgrundes im Widerspruch steht oder daran etwas ändert. (Siehe mit Bezug auf Sparkassascheine die bei Fuchsberger I, S. 401 zit. Entscheidungen des früheren deutschen Reichsoberhandelsgerichts). Dass diese Auffassung, welche sich unmittelbar auf den Namen und die natürliche Interpretation desselben stützt, auch diejenige des Obligationenrechts ist, geht namentlich aus Art. 846 desselben hervor, wo unmittelbar unter dem Titel „Inhaberpapiere" ausgesprochen ist, dass der Inhaber der Urkunde dann als forderungsberechtigt gelte, wenn in derselben eine Leistung an den Inhaber versprochen sei. (Siehe f. Schneider's Kom. Anm. 5.)

Entscheidend ist demnach, ob die Kantonalbank nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet sei, an den Inhaber des Depositenscheins als den Gläubiger zu bezahlen, und für diese Frage ist der Wortlaut der Urkunde in Verbindung mit ihrer äussern Erscheinung und Beurtheilung im Verkehr massgebend, da jeder dritte gutgläubige Erwerber das Recht hat, sich hieran zu halten. Der Depositenschein beginnt mit der Anerkennung des Empfanges der Zahlung als Depositum, und spricht sodann die Verpflichtung aus, dasselbe jederzeit ohne vorherige Kündigung nebst 4% Zins, abzüglich 1/8 % Kommission, wieder zurückzubezahlen. Wäre die Urkunde hiemit abgeschlossen, so würde sie sich als gewöhnlicher Schuldschein, Obligo, im Sinne von Art. 104 des

Obligationenrechts darstellen. Der nun folgende Zusatz enthält die Willensäusserung, die Schuldsumme nur zu bezahlen gegen Rückgabe des Depositenscheins, und die Erklärung, dass der jeweilige Inhaber dieses letztern als zur Empfangnahme der Zahlung „bevollmächtigt" betrachtet werde. Hiermit ist nun offenbar bloss ausgedrückt, dass die Kantonalbank ihre rechtliche Lage dahin auffasse, dass sie den Inhaber des Papiers, gleichviel wer der Berechtigte sei, als zum Inkasso bevollmächtigt betrachte, und hierin ist die Reservation ausgesprochen, den Rechtstitel des Inhabers nicht näher prüfen zu müssen, sondern ohne Weiteres an denselben zahlen zu dürfen. Keineswegs aber ist damit eine Pflicht, an den Inhaber zu zahlen, eingegangen, und es fehlt also die wesentliche Eigenschaft des Inhaberpapiers.

Der Charakter des Inhaberpapiers kommt den Depositenscheinen nach ihrer äussern Erscheinung und ihrer Beurtheilung im Verkehr überhaupt nicht zu. Das im Scheine beurkundete und vor allem in die Augen tretende Geschäft des Depositums steht der Auffassung als Inhaberpapier entgegen; denn die Hinterlegung von Geld oder anderen Sachen hat in der Regel Nichts zu thun mit der Absicht, ein Verkehrspapier zu schaffen. Dass die Depositenscheine im Verkehr nicht als Inhaberpapiere gelten, zeigt sich sodann darin, dass deren Uebertragung nicht durch blosse Uebergabe des Papiers geschieht, dass man hiefür vielmehr die Cession für nothwendig hält. Die Innehabung des Papiers gilt also nicht als Titel, und damit ist dem Depositenschein der Charakter des Inhaberpapieres entzogen — das Amortisationsgesuch erscheint demnach als unbegründet.

---

### 48. *Eintragung ins Handelsregister. Art. 865.*

Entscheide des Bundesraths. (Handelsamtsblatt Nr. 15 vom 21. Februar 1884).

1) Ein aus einem Detailgeschäft sich ergebendes jährliches Einkommen von 4000 Franken ist bedeutend genug, um die Eintragung in das Handelsregister zu rechtfertigen. (Rekurrent hatte dieses nach seiner Ansicht „geringe Einkommen" als Grund gegen die Eintragpflicht angeführt.)

2) Das Apothekergewerbe ist eintragpflichtig, da mit dem Betrieb einer Apotheke der Ankauf von Rohstoffen zum Zwecke des Wiederverkaufs in zubereiteter Form, sowie der An- und Verkauf von sonstigen Hülfsstoffen und Waaren verbunden ist. Im Fernern bedingen die geschäftlichen Beziehungen der Apotheken die Nothwendigkeit einer kaufmännischen Buchführung.

3) Der Viehhandel kann ebensowohl als jedes andere Handelsgewerbe zum Eintrag in das Handelsregister verpflichten, wenn derselbe berufsmässig und in erheblichem Umfange (somit nicht nur ausnahmsweise und in vereinzelten Fällen) betrieben wird.

4) Der Betrieb von grösseren Hôtels, Gasthöfen, grösseren Fremdenpensionen, Kurhäusern etc. erfordert eine geordnete Buchführung und rechtfertigt daher die Eintragung in das Handelsregister, namentlich wenn diese Geschäfte das ganze Jahr betrieben werden.

5) Genossenschaften müssen sich nur dann in das Handelsregister eintragen lassen, wenn sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (O. R. 865, Abs. 4) betreiben oder, falls sie andere Zwecke verfolgen, das Recht der Persönlichkeit erwerben wollen.

6) Der gemeinnützige Charakter einer unter die Bestimmungen des Titel XXVI (Aktiengesellschaften) des Obligationenrechts fallenden Anstalt enthebt diese nicht von der Eintragpflicht, selbst wenn sie im Zusammenhang mit der Staatsverwaltung steht.

7) Die Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister ist nicht allein davon abhängig, ob Jemand sein Gewerbe nach kaufmännischer Art führe, sondern auch davon, ob die Natur dieses Gewerbes eine kaufmännische Art des Betriebes fordere.

---

49. ***Firmaschutz. Unerlaubt ist jede Firmabenennung, welche eine Verwechslung mit einer bestehenden Firma zur Folge haben kann. O. R. Art. 868.***

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichts vom 8. Februar 1884 i. S. Firma Hefti & Fehr, Fr. Menzi's Nachfolger c. Friedr. Lienhard-Städeli.

Der Beklagte war eine Reihe von Jahren Antheilhaber der Firma „F. Menzi“ in Zürich, und verkaufte dann mit den Mitberechtigten dieses Geschäft an Fritz Hefti & Hans Fehr, wobei an diese noch speziell das Recht abgetreten wurde, in beliebiger Weise sich als Nachfolger der Firma „Fr. Menzi“ zu benennen. Die Käufer führten sodann das Geschäft fort unter der Firma: „Hefti & Fehr, Fr. Menzi's Nachfolger“. Darauf gründete der Beklagte auf dem nämlichen Platze Zürich ein Geschäft gleicher Branche und wählte für dasselbe die Firma „F. Lienhard-Städeli“, ergänzte aber sowohl in Zeitungsinseraten, den Briefköpfen, Geschäftszirkularen, als auch auf der Firmatafel diese Benennung auf: „F. Lienhard-Städeli, vormals in Firma F.

Menzi". Hefti & Fehr erhoben hiegegen beim Handelsgericht Klage, und verlangten, dass der Beklagte verpflichtet werde, sich beim Gebrauch seiner Firma des Zusatzes „vormals in Firma F. Menzi" zu enthalten. Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Der Beklagte hat sich nicht damit begnügt, seine nunmehrige Firma mit seinem Tauf- und Familiennamen, in Verbindung mit demjenigen seiner Frau zu benennen, sondern er hat diesem Namen auch noch die Worte „vormals in Firma F. Menzi" beigesetzt. Es ist einleuchtend, dass dieser Zusatz von dem verkehrtreibenden Publikum keineswegs bloss dahin verstanden werden muss, dass der Beklagte früher Antheilhaber der Firma F. Menzi gewesen sei, sondern dass jene Bezeichnung sehr leicht auch dahin ausgelegt werden kann, es sei der Beklagte der nunmehrige Inhaber des früher unter der Firma „Fr. Menzi" betriebenen Geschäfts, und es werde dasselbe jetzt von ihm fortgesetzt. Das den Klägern übertragene Recht, sich als Nachfolger der Firma F. Menzi zu benennen, konnte keine andere Meinung haben, als die, dass den Klägern diese Befugniss ausschliesslich zustehen solle. Der Beklagte handelt daher vertragswidrig, wenn er irgend etwas thut oder vornimmt, was geeignet ist, im Publikum den Glauben zu erzeugen, dass nicht nur die Kläger, sondern auch er Nachfolger der Firma F. Menzi sei.

---

50. *Raison d'une société en commandite. Art. 870 C. O.*

Décision du Conseil fédéral du 15 fevrier 1884.

En leur qualité de chefs de la maison „F. & fils", F. et consorts, à B., se plaignent de ce que le Département du commerce a déclaré l'inadmissibilité, en ce qui concerne l'inscription dans le registre du commerce, de la raison sociale mentionnée plus haut.

La maison en question, constituée en société en commandite, est composée de trois associés indéfiniment responsables du nom de F., et de deux commanditaires du nom de B.

La déclaration d'inadmissibilité prononcée par le Département du commerce repose sur l'idée que la raison sociale „F. & fils" induit en erreur sur les conditions réelles de la société, vu qu'elle porte à croire que la société commerciale se compose uniquement du père et des fils F.

Les recourants s'appuient sur l'article 870 C. O. lequel n'exige à côté du nom „F." qu'une adjonction indiquant l'existence d'une société. L'adjonction demandée serait fournie par les mots „& fils".

Le Conseil fédéral a déclaré ce recours non fondé, en s'appuyant sur les considérations suivantes:

1. La raison de commerce „F. & fils" ne permet pas de reconnaître qu'outre les associés indéfiniment responsables B. F., A. B. F. et H. F., deux commanditaires appartiennent encore à la société; elle fait plutôt croire que F. & fils sont les seuls associés.

2. Il est indifférent, au point de vue légal, que les fils soient mentionnés nominalement dans la raison de commerce ou qu'il y ait dans cette dernière une adjonction ne pouvant se rapporter qu'aux fils.

3. La raison de commerce en question ne répond donc ni aux circonstances réelles, ni à la prescription de l'art 870 C. O. d'après laquelle la raison de commerce doit contenir, outre le nom des associés indéfiniment responsables, une adjonction indiquant l'existence d'une société.

4. Il y a lieu d'établir en principe: la raison de commerce d'une société en commandite doit contenir en tous cas, même si les noms de tous les associés indéfiniment responsables y sont mentionnés, une adjonction indiquant l'existence d'une société. Cette adjonction ne doit toutefois pas se rapporter exclusivement à des associés indéfiniment responsables.

---

51. *Terme pour le paiement d'une obligation née avant le 1er janvier 1883. Art. 78 et 882, § 3 C. O. — Le paiement est, d'après le code des obligations, un moyen d'exécution et non d'extinction des obligations; il est donc régi pour les obligations nées avant le 1er janvier 1883, par la législation sous l'empire de laquelle ces obligations ont été contractées; les articles 180, 882, § 3 C. O. sont dans ce cas inapplicables.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de la Justice de paix civile du 6 octobre 1883 dans la cause Binder et Pauly c. Reitz.

Vu la demande réduite à la somme de 46 fr. 25 cts. en vertu de taxe faite par le juge compétent; attendu que le défendeur offre de payer la dite somme et demande terme pour se libérer; attendu que, se basant sur l'art. 78 C. O., les demandeurs s'opposent à ce qu'aucun terme soit accordé;

Attendu qu'il y a tout d'abord lieu de considérer que l'obligation a été contractée sous l'empire du Code civil et qu'elle était échue avant l'entrée en vigueur du Code des Obligations; qu'étant née sous l'empire du Code civil, elle est soumise quant à son exécution à toutes les règles du dit Code et à toutes les conditions prévues par lui;

Attendu que les demandeurs arguënt que l'idée de terme étant connexe avec celle de paiement, et que le paiement étant un mode d'extinction des obligations, le dit paiement est soumis à la loi nouvelle, en vertu de l'art. 882 C. O.;

Attendu que si, en effet, l'art. 882 prescrit que ce qui concerne la transmission ou l'extinction d'obligations nées antérieurement au 1er janvier 1883 est régi par le Code des obligations, le dit Code ne considère pas le paiement comme étant un des moyens d'éteindre l'obligation, mais bien comme étant un des moyens de l'exécuter;

Qu'il place, en effet, tout ce qui concerne le paiement sous la rubrique du titre II, de l'Effet des Obligations, et non sous la rubrique du titre III de l'Extinction des Obligations;

Que, dès lors, et s'en tenant aux termes stricts de la loi, ainsi du reste que cela est la règle lorsqu'il s'agit de l'application d'une disposition transitoire, ce qui concerne le paiement, soit l'exécution d'obligations nées avant le 1er janvier 1883, reste soumis aux dispositions légales sous l'empire desquelles l'obligation a pris naissance;

Que l'obligation qui fait l'objet de l'instance actuelle étant née sous l'empire d'une loi donnant au juge le droit d'accorder des délais modérés, rien ne saurait s'opposer à ce qu'il soit fait usage de ce droit;

Qu'enfin la jurisprudence a toujours été unanime pour reconnaître que le droit d'accorder terme dérive d'un principe d'ordre public et procède d'idées très-différentes de celles relatives soit au paiement soit au terme conventionnel;

Attendu, dès lors, qu'il y a lieu de décider qu'en ce qui concerne les obligations nées antérieurement au 1er janvier 1883, l'art. 78 et le § 3 de l'art. 882 C. O. sont sans application;

P. c. m.: Condamne le défendeur à payer aux demandeurs la somme de fr. 46. 25 cts., le condamne aux dépens, lui accorde terme pour se libérer à raison de moitié par mois.

52. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Dieses gilt in allen Fällen für die Frage, ob ein Papier Inhaberpapier und daher amortisirbar sei.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichts vom 19. Februar 1884, i. S. Paul Hanert (s. oben N° 47).

Motive: Hanert nimmt für sein Gesuch um Amortisation eines Depositenscheines der Zürcher Kantonalbank das bisherige kantonale Recht in Anspruch, wonach von der Praxis die Amortisation dieser Depositenscheine zugelassen wurde, indem er darauf verweist, dass der in Frage stehende Depositenschein vor dem Inkrafttreten des schweiz. Obligationenrechts ausgestellt wurde, woraus folge, dass die bezügliche Obligation auch hinsichtlich der Tilgungsgründe dem damaligen Recht unterworfen sei. Dem gegenüber ist jedoch auf Art. 901 des schweiz. O.-R. zu verweisen, wonach sich vom 1. Januar 1883 an das Verfahren der Amortisation von Inhaberpapieren in allen Fällen nach den Vorschriften dieses Gesetzes richtet, und zu bemerken, dass diesseitiges Gericht den Ausdruck „Verfahren" schon in mehrern Fällen dahin aufgefasst hat, dass darunter auch die Beurtheilung der Voraussetzungen zur Einleitung des Amortisationsverfahrens zu verstehen sei; es ist dies namentlich desswegen als Meinung des Gesetzgebers zu betrachten, weil ansonst und zwar offenbar gegen dessen Willen, die Bestimmungen des Obligationenrechts auf lange Zeit hinaus für die meisten Amortisationsfälle keine Anwendung finden würden.

---

53. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juni 1875. Was gehört zum „Betrieb", für dessen Folgen die Eisenbahn haftet? Nicht allgemein die zum Betrieb der „Eisenbahnunternehmung" erforderlichen Funktionen, sondern lediglich, was von den besondern im Eisenbahnbetrieb liegenden Gefahren für Leben und Gesundheit beherrscht wird. Bundesgesetz vom 1. Heumonat 1875, Art. 2.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 5. Febr. 1884 i. S. Anton Steger c. Nordostbahn.

Motive: Kläger leitet seinen Anspruch mit Unrecht aus dem Bundesgesetz, betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen ab. Unter dieses Gesetz können nur diejenigen Unfälle subsumirt werden, deren Ursache gerade in der besonderen, eigenthümlichen Gefährlichkeit des Eisenbahn-

betriebs liegt, oder die wenigstens durch den dem Eisenbahnbetrieb innewohnenden besonders gefährlichen Charakter beeinflusst worden sind. Es ist eine nicht zu leugnende Thatsache, dass der Art. 2 des schweiz. Haftpflichtgesetzes einfach dem Art. 1 des deutschen Haftpflichtgesetzes nachgebildet worden ist, er stimmt auch beinahe wörtlich mit demselben überein, die einzige Abweichung liegt darin, dass er gleichzeitig die Haftpflicht der Dampfschiffahrtsunternehmungen für Tödtungen und Verletzungen beim Betriebe derselben regulirt, im Uebrigen aber liess sich der Gesetzgeber mit allem Vorbedacht daran gelegen sein, einfach den Text von Art. 1 des deutschen Haftpflichtgesetzes zu wiederholen, und zwar in der ausgesprochenen Absicht, es dadurch den schweizerischen Gerichten zu ermöglichen, sich die Praxis des deutschen Oberhandelsgerichts zu Nutzen zu ziehen. (Siehe Fick „Schweiz. Rechtseinheitsbestrebungen" S. 147, 148, Botschaft des Bundesraths vom 26. Mai 1874, Bundesblatt 1874 I, 890 und Bericht der nationalräthlichen Kommission vom 20. Oktober 1874, Bundesblatt 1874 III, 278). Daraus ergibt sich, dass der schweizerische Gesetzgeber die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen nicht weiter ausdehnen wollte, als durch das deutsche Haftpflichtgesetz geschehen ist; dass aber dieses die Haftpflicht beschränkt auf diejenigen Unfälle, deren Ursache in der dem Eisenbahnbetrieb eigenthümlichen, besondern Gefährlichkeit liegt, kann nach den Reichstagsvoten, wie sie dem Erlass des Gesetzes vorausgegangen und bei Eger „Reichshaftpflichtgesetz" abgedruckt sind, sowie den vielen dort zitirten Entscheiden des Reichsoberhandelsgerichts nicht zweifelhaft sein.

Allerdings hat diesseitiges Gericht in zwei in den Jahren 1876 und 1877 erledigten Fällen anders entschieden; allein bei nochmaliger Prüfung aller Verhältnisse müssen jene Entscheidungen als irrthümliche bezeichnet werden. Dort wurde darauf verwiesen, dass unser Gesetz in Abweichung vom deutschen Haftpflichtgesetz den Ausdruck enthalte, „wenn beim Betrieb einer Eisenbahnunternehmung" ein Mensch getödtet oder verletzt werde etc., und daraus glaubte man den Schluss ziehen zu sollen, dass der Gesetzgeber nicht nur den Betrieb im engern Sinne, d. h. den Transport von Personen und Gütern auf dem Schienenwege und die diesen Betrieb unmittelbar vorbereitenden oder abschliessenden und desshalb ebenfalls mit aussergewöhnlichen Gefahren verbundenen Betriebsfunktionen, sondern eben den Betrieb des

ganzen Transportgewerbes oder den Eisenbahnbetrieb im umfassenden Sinne des Wortes im Auge gehabt habe. Allein diese Auffassung widerspricht der oben erörterten Tendenz des Gesetzgebers, die Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen in durchaus gleichem Umfange festzusetzen, wie es in Art. 2 des deutschen Haftpflichtgesetzes geschehen ist, und deshalb kann der Ausdruck „Eisenbahnunternehmung", sobald er sich irgendwie anders erklären lässt, nicht zur Annahme einer weitergehenden Haftpflicht führen, als wie solche im Sinne des deutschen Gesetzes liegt und von der deutschen Gerichtspraxis angenommen wurde. Jener Ausdruck lässt sich aber ganz einfach erklären; die Abweichung vom Ausdruck „beim Betriebe einer Eisenbahn" ist offenbar rein redaktioneller Natur, und diese Redaktionsänderung hat ihren Grund augenscheinlich darin, dass im gleichen Artikel neben der Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen auch diejenige der Dampfschiffahrtsunternehmungen regulirt wird und nun selbsverständlich der Ausdrurk „Unternehmung" bei den letztern Anstalten gebraucht werden musste, derselbe aber, weil man die Eisenbahnen voranstellte, naturgemäss nur so gebraucht werden konnte, dass er sich auf beide „Unternehmungen" bezog.

Jene früheren Entscheidungen suchen ferner aus den Motiven, welche Prof. Dr. Fick dem von ihm redigirten Gesetzesentwurf beigegeben hat, sowie aus der Botschaft des Bundesrathes und den Berichterstattungen der ständeräthlichen und nationalräthlichen Commission nachzuweisen, dass der Gesetzgeber in der That weiter habe gehen wollen, als das deutsche Haftpflichtgesetz; allein auch diese Ausführungen können bei nochmaliger Prüfung der Verhältnisse nicht als richtig befunden werden. Es ist zwar nicht in Abrede zu stellen, dass der Redaktor des Gesetzentwurfes und ebenso der Bundesrath, ja sogar noch die ständeräthliche Commission der Auffassung gehuldigt zu haben scheinen, dass das deutsche Haftpflichtgesetz unter dem Ausdruck „Betrieb einer Eisenbahn" den Gesammtbetrieb des ganzen Unternehmens im Auge habe, und dass deshalb auch ihre Tendenz dahin ging, die Haftpflicht ebenfalls auf sämmtliche Unfälle beim Betrieb der gesammten Unternehmung auszudehnen. Allein abgesehen davon, dass diese Auffassung über die Tragweite des deutschen Haftpflichtgesetzes eine entschieden irrthümliche war und schon deswegen nicht zu sehr auf die Meinung des Redaktors, des Bundesrathes und der ständeräthlichen Commission, die im Grunde doch nichts

anderes wollten, als das deutsche Gesetz, abgestellt werden kann, darf dieselbe auch deswegen nicht als ausschlaggebend in Betracht kommen, weil sie mit einer Gesetzesvorlage in Verbindung stand, von der das nun wirklich geltende Gesetz in den wichtigsten Punkten abweicht. Der Redaktor des Entwurfes wollte in einem und demselben Artikel die Haftpflicht der sämmtlichen vom Bunde selbst betriebenen oder von ihm konzedirten Unternehmungen regeln, und zwar sollte diese Haftpflicht mit Bezug auf den Bau und den Betrieb die nämliche, aussergewöhnliche sein. Wenn man berücksichtigt, dass Bau und Betrieb von Post- und Omnibusunternehmungen durchaus nicht den Charakter besonderer Gefährlichkeit an sich tragen, und auch der Bau von Dampfschiffen und Schienenwegen im grossen Ganzen nicht gefährlicher ist, als der Bau anderer Werke, dennoch aber sieht, dass der Entwurf diese Unternehmungen ganz gleich behandeln wollte, wie den Betrieb einer Eisenbahn, so darf man sich allerdings nicht wundern, wenn daraus der Schluss gezogen wird, es habe die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaften auch mit Bezug auf die beim Bahnbetrieb eintretenden Unfälle nicht in dem beschränkten Umfange aufgefasst werden wollen, wie das nun geschehen soll. Wenn auch der Bundesrath die Post- und Omnibusunternehmungen glaubte ausser Betracht lassen zu sollen, so wollte er doch mit dem Redaktor den Bau und den Betrieb von Eisenbahnen gleich behandeln. Daraus sowohl, als aus den Motiven, welche er für die Rechtfertigung der aussergewöhnlichen Haftpflicht anführt und dem Umstande, dass er bei Verletzungen und Tödtungen von Angestellten sogar die Einrede der höheren Gewalt ausschliessen wollte, lässt sich herleiten, dass er ebenfalls nicht an eine Beschränkung der Haftpflicht im Sinne der deutschen Gerichtspraxis gedacht hat. Aehnlich verhält es sich mit der ständeräthlichen Commission, was schon daraus hervorgeht, dass dieselbe die Post wieder in's Gesetz aufnehmen wollte.

Das gegenwärtig geltende Gesetz beschränkt sich nun aber auf die Regulirung der Haftpflicht beim Bau einer Eisenbahn und beim Betrieb einer Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmung. Posten und Omnibusunternehmungen sind ganz weggefallen, und ebenso fand man es nicht für nöthig, den Bau eines Dampfschiffes besonderen Haftpflichtgrundsätzen zu unterwerfen. Auch bezüglich der Verletzungen, die beim Bau einer Eisenbahn entstehen, stellte man sich in der Hauptsache durchaus auf den Boden des gemeinen

Rechts und fand eine aussergewöhnliche Haftpflicht nur gerechtfertigt für Verletzungen beim Betriebe einer Eisenbahn, also da, wo unbestreitbar eine aussergewöhnliche Gefährlichkeit vorliegt. Das Gesetz enthält also von all dem nichts mehr, was einen Schluss auf die Absicht des Gesetzgebers zulassen würde, die aussergewöhnliche Haftpflicht über diejenigen Unfälle hinauszuerstrecken, welche mit der besonderen und eigenthümlichen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes zusammenhängen. Das Gesetz, wie es jetzt vorliegt, beruht auf den Vorschlägen der nationalräthlichen Commission, und aus deren Berichterstattung ist des Deutlichsten ersichtlich, dass die Haftpflicht beschränkt werden wollte auf diejenigen Unfälle beim Betrieb, welche mit der demselben eigenthümlichen Gefahr zusammenhängen. Zum Ausschluss der Post wurde die Commission hauptsächlich durch den Umstand veranlasst, dass diese sich, im Gegensatz zu dem besonders gefahrvollen Betrieb auf Schienenwegen, der gewöhnlichen Fahrbahn bedient. Den Eisenbahnbau wollte sie in der Hauptsache nicht einer besonderen Haftpflicht unterwerfen, weil derselbe keine andere oder höhere Gefahr als diejenige von manchen anderen Bauten mit sich bringe. Mit Bezug auf den Betrieb der Eisenbahnen wird dagegen gesagt, dass das Motiv zur ausnahmsweisen Regelung der Haftpflicht in der eigenthümlichen Natur desselben liege. Dieser Satz wird des Weiteren in einer Weise begründet, die keinen Zweifel darüber aufkommen lässt, dass man die besondere Gefährlichkeit dieses Betriebes als ausschlaggebend betrachtet hat. Die vom Bundesrath und der ständeräthlichen Commission erwähnte Assekuranztheorie und die Verweisung auf das faktische Monopol der Eisenbahnen mögen zwar auch hier noch mitgewirkt haben, aber jedenfalls nur in dem Sinne, dass diese Faktoren als geeignet angesehen wurden, eine besondere Haftpflicht in der mehrerwähnten beschränkten Weise zu statuiren. (Bundesblatt 1874 III, 277 ff.).

Die Interpretation, welche alle Unfälle beim Betriebe des Eisenbahntransportgewerbes umfassendsten Sinnes dem Art. 2 des Gesetzes unterwerfen will, ist schon damit unhaltbar geworden, dass man Unfälle in Reparaturwerkstätten nicht unter das Gesetz subsumirt hat (Rechenschaftsbericht des Zürch. Obergerichts für das J. 1878 Nr. 31), obgleich solche Werkstätten zur Vermeidung von Störungen im Betrieb des Eisenbahngewerbes nothwendig sind und daher zum Betrieb weitern Sinnes gehören. Ferner ist nicht einzusehen, weshalb die Eisenbahngesellschaften bei jener

grossen Zahl von Unfällen, welche mit dem Bahnbetrieb in durchaus keinem Zusammenhang stehen und bei jedem andern Gewerbe ebensogut vorkommen können, einer ausnahmsweisen Haftpflicht unterliegen sollten. Will man aber dies nicht, so gibt es nur ein Prinzip, das einen möglichst sichern Masstab zur Beantwortung der Frage gewährt, welche Unfälle unter das Haftpflichtgesetz fallen, nämlich dasjenige, das Kriterium darin zu finden, ob der Unfall mit den aussergewöhnlichen und dem Eisenbahnbetrieb eigenthümlichen Gefahren zusammenhänge oder nicht. Man hat als entscheidend bezeichnet, ob der Unfall mit einer Manipulation zusammenhänge, welche zum Transport von Personen und Gütern auf dem Schienenwege oder zur unmittelbaren Vorbereitung, resp. dem Abschluss desselben gehören. Hiemit ist indess kein festes Prinzip gewonnen, weil sich darüber nie eine Regel aufstellen lassen wird, was zur unmittelbaren Vorbereitung und zum Abschlusse des Transportes gehört. Im Ferneren wird man sich nicht verhehlen können, dass es Unfälle geben kann, welche, obgleich sie nicht bei einer solchen Manipulation eingetreten, dennoch weil sie durch die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verursacht wurden, unter das Gesetz subsumirt werden müssen. Diese Auffassung steht im Einklang mit den Entscheidungen des Bundesgerichts i. S. Chanbert c. Suisse occidentale und Straub c. Centralbahn (Amtl. Samml. IV, 281 ff. u. VIII, 91 ff.). Im Gegensatz zu diesseitigen früheren Entscheidungen kann daher die Praxis des Bundesgerichts für diejenige grundsätzliche Auslegung des Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes angerufen werden, welche sich nach den obigen Ausführungen als die einzig richtige darstellt, indem sie den Willen des Gesetzgebers enthält, der Natur der Sache entspricht und endlich geeignet ist, der Rechtsprechung eine möglichst feste Grundlage zu geben.

Im Falle Steger, den dieses Urtheil behandelt, waren die faktischen Verhältnisse folgende: Im Güterbahnhof der Nordostbahn in Zürich sollte eine Lokomotive in das Thor eines Magazinschuppens geschoben werden. Die in Geleisen laufende Thüre des Schuppens war noch geschlossen und sollte nun eiligst zurückgeschoben werden. Auf der einen Seite der Thüre, im Innern des Magazinraums stand Anton Steger (Kläger), auf der andern Seite, vor dem Schuppen, einer seiner Nebenarbeiter. Dieser letztere gab der Thüre einen so heftigen Stoss, dass sie aus dem Geleise glitt, nach der innern Seite des Schuppens fiel und den

Kläger zu Boden schmetterte. Dieser erlitt dadurch eine Gehirnerschütterung, welche nach ärztlicher Expertise zu einer Gehirnerweichung führen kann und den Kläger nöthigt, sich angestrengter Bewegung zu enthalten. Derselbe verlangte von der Nordostbahn Fr. 17,000 als Schadensersatz. Die Klage wurde abgewiesen, zweitinstanzlich im Anschluss an obige Ausführungen mit folgenden Motiven:

Dass die Manipulation, bei welcher Kläger verunglückt ist, ihre Ursache überall nicht in der besonderen Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs hat, kann nach der Darstellung der Parteien nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Der Vertreter des Klägers hat zwar geltend gemacht, die Lokomotive, welche in den Maschinenschuppen gebracht werden sollte, sei geheizt gewesen, und es hätte mit derselben hineingefahren werden sollen, während der Vertreter des Beklagten angibt, dass es sich um das Hineinschieben einer nicht geheizten Maschine gehandelt habe; allein hierauf kommt deswegen nichts an, weil der Unfall mit der Beweglichkeit der Lokomotive überall in keinem Zusammenhang steht. Im Momente, als das Thor des Schuppens geöffnet wurde, stand die Lokomotive still, und dieselbe hat das Fallen des Thores, welches die Verletzung herbeiführte, in keiner Weise veranlasst, sondern es liegt die Ursache hievon entweder in einem fahrlässigen Zurückschieben des Thores oder in einer fehlerhaften Beschaffenheit der ganzen Einrichtung oder endlich in beiden Faktoren zusammen. Der Kläger kann sich demnach nicht auf das Haftpflichtgesetz berufen.

---

54. *Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875. Ausschluss der direkten Anwendbarkeit des deutschen Eisenbahnreglements auf einen die Schweiz berührenden Transport. Art. 54. Befreiung der Bahnverwaltung durch den Nachweis, dass der Regress auf die nicht unter diesem Gesetz stehende Bahn ausgeschlossen sei. Art. 36 Abs. 3. Beurtheilung der Existenz des Regressanspruchs nach dem deutschen Eisenbahnreglement.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 23. November, bestätigt vom Appellationsgericht am 27. Dezember 1883 i. S. Carl Stumm c. Elsass-Lothringer Bahn.

Kläger, welcher Agent der holländischen Staatsbahn ist, erhielt durch die Beklagte am 18. November 1882 in einer Sammelladung 4 Kisten und 6 Ballen Leder für die Firma

Melchior Imhof und Söhne, Basel. Letztere veranlasste am 21. November, nachdem sie die Waare in Empfang genommen und die Fracht bezahlt hatte, eine Expertise gemäss § 157 der Civilprozessordnung. Dieselbe fand am 22. und 23. November in Gegenwart des heutigen Klägers statt. Letzterer hatte jedoch unterlassen, die heutige Beklagte zur Mitwirkung aufzufordern. Die Expertise konstatirte eine starke Beschädigung der Waare durch Vernässung. In Bezug auf den Zeitpunkt der Vernässung sprach sich die Expertise dahin aus, dass dieselbe vor 4—6 Wochen stattgefunden habe, jedoch könne die Zeit nicht mit vollkommener Sicherheit bestimmt werden. Auf erhobene Klage der Firma M. I. & S. wurde C. St., der heutige Kläger, zur Zahlung von Fr. 1588. 22 verurtheilt. Er hatte in jenem Processe der heutigen Beklagten Streit verkündet. Dieselbe betheiligte sich jedoch nicht an dem Processe, weshalb dem C. St. das Regressrecht gegen die heutige Beklagte vorbehalten wurde.

Mit der gegenwärtigen Klage verlangt C. St. nun von der Elsass-Lothringer Bahn Ersatz der Fr. 1588. 22 und der Kosten des früheren Processes.

Die Beklagte erhob im Wesentlichen folgende Einwendungen: Der Frachtvertrag mit dem Kläger sei erfolgt auf Grund des besonderen Tarifs für den holländisch-südwestdeutschen Verkehr. Dieser Tarif erkläre als seinen integrirenden Bestandtheil die allgemeinen Bestimmungen über den Güterverkehr der deutschen Eisenbahnverbände. Nach Art. 64 dieser Bestimmungen seien die Ansprüche des Klägers einmal verspätet, weil sie der Beklagten nicht innerhalb 4 Wochen nach Empfangnahme der Waare mitgetheilt worden seien, sondern die Beklagte erst nach $4^1/_2$ Monaten durch Streitverkündung im Processe Imhof c. Stumm Kenntniss davon erhalten habe. Sollte aber die Anwendung des genannten Art. 64 auf den vorliegenden Fall nicht als zulässig erscheinen, sondern das schweiz. Transportgesetz der Entscheidung zu Grunde gelegt werden, so würde auch nach diesem — speziell nach Art. 45 und 36 — der Anspruch abzuweisen sein. Die Waare sei in Basel, als der ersten dem schweiz. Transportgesetz unterworfenen Station der Beklagten, am 18. November 1882 angekommen. Die Expertise vom 22./23. November 1882 aber spreche von einer Beschädigung, welche seit längerer Zeit, d. h. circa 4—6 Wochen vor Untersuchung der Waare stattgefunden habe. Damit sei doch jedenfalls dargethan, dass die Beschädigung aus der Zeit vor der Uebernahme der Waare durch die Beklagte herrühre.

Ebenso könne nach den obenerwähnten Bestimmungen des Tarifs für den holländisch-südwestdeutschen Verkehr kein Zweifel darüber bestehen, dass der Beklagten ein Regress gegenüber ihrer Vorbahn nicht möglich sei. Danach müsse Kläger auch nach Art. 36 des schweiz. Transportgesetzes abgewiesen werden.

Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Was zunächst die Frage anbetrifft, ob der streitige Transport nach dem deutschen Eisenbahnreglement zu beurtheilen sei, so muss dieselbe verneint werden. Als Inhaberin einer vom Bund concedirten Eisenbahn ist Beklagte mit Bezug auf Transporte, welche die Schweiz berühren, dem schweizerischen Gesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875 unterworfen. Dieses Gesetz ist zwingender Natur. Spezielle Vereinbarungen, welche zum Voraus die durch das Gesetz normirte Verantwortlichkeit beschränken, sind ohne rechtliche Wirkung. (Art. 54.) Es kommt also lediglich das schweizerische Transportgesetz zur Anwendung und nur soweit dieses die Geltung fremder Reglemente oder abweichender Stipulationen vorbehält, kann auf solche Rücksicht genommen werden.

Nach den oben citirten Bestimmungen des Art. 36 des Transportgesetzes kann sich nun die Beklagte der Verantwortlichkeit für eine auf dem Transport eingetretene Beschädigung entschlagen, wenn sie den doppelten Beweis erbringt, dass der fragliche Unfall vor der Uebernahme des Frachtgutes aus der Hand einer auswärtigen Bahn vorgekommen und dass ein Rückgriff nach den für jene Bahn massgebenden Gesetzen und Reglementen unzulässig ist.

Diesen doppelten Beweis hat die Beklagte erbracht. Sie hat die Waare zwar nicht erst am 18. November, wohl aber, wie aus den Stempeln auf der Rückseite des Frachtbriefes und auf der Frachtkarte hervorgeht, am 15. November 1882 übernommen. Die Expertise vom 22./23. November 1882, wenn sie auch nicht constatiren konnte, vor wie viel Wochen die Vernässung eingetreten war, hat doch mit Bestimmtheit so viel ergeben, dass es sich um eine mehrwöchentliche Frist handelte: es kann danach kein Zweifel bestehen, dass die Beschädigung vor dem 15. November 1882 vorgekommen ist. Für die betreffende auswärtige Bahn aber muss nun allerdings der von der Beklagten angerufene deutsche Gütertarif massgebend sein. Danach wäre ein Regressanspruch aus dem zweifachen Grunde unzulässig, weil die vierwöchentliche Reklamationsfrist überschritten ist, und weil der nach diesem

Reglement dem Beschädigten obliegende Nachweis fehlt, dass der Unfall seit dem Abschluss des Frachtvertrags entstanden ist.

Unter diesen Umständen bedarf es einer Erörterung der Frage nicht, ob nicht schon nach Art. 45 lemma 2 des schweizerischen Transportgesetzes die Reklamation des Klägers gegenüber der Beklagten, sei es wegen verspäteter Anzeige, sei es wegen ungenügender Feststellung des Mangels abzuweisen wäre.

---

55. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 6. Bestimmung der Schadenersatzsumme unter Berücksichtigung eines konkurrirenden Selbstverschuldens, sowie des jugendlichen Alters des Verletzten.*

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichts vom 30. März 1883.

Der 18jährige Kläger stand vom 11. Januar bis 16. März 1882 bei dem Beklagten in dessen Fabrik in Arbeit. Seine Beschäftigung bestand darin, dass er Gussstahl zu putzen und zu schleifen hatte. Dazu hatte er folgende Einrichtung zu benutzen: An einer durchlaufenden, unmittelbar unter der Decke der Werkstätte befindlichen Welle sind verschiedene Riemenscheiben angebracht, wovon je eine mit einer, auf der Werkbank angebrachten Rolle korrespondirt. Diese letztere dient dazu, eine Schmirgelscheibe in Rotation zu versetzen, an der dann das Werkstück verputzt wird. Zwischen je zwei an der obern Welle befindlichen Scheiben ist zwischen Welle und Decke, etwa 6 cm. von dieser entfernt, eine Leiste aufgenagelt, welche zur Welle im rechten Winkel steht und dazu dient, den Transmissionsriemen, wenn er von der Scheibe und Rolle entfernt ist und nicht mehr gebraucht werden soll, mit einem Ende aufzuhängen, während das andere über ein fixes Cylinderrohr geschlagen wird, wodurch der Riemen in eine Lage kommt, in der er mit der Transmission nicht mehr in Berührung kommen kann. Die Riemenscheibe ist aufgekeilt. An dem Keil befindet sich auf der Seite der Scheibe eine etwa 2 cm. vorstehende Nase.

Um den Transmissionsriemen an der oben erwähnten Leiste nach der Entfernung von Scheibe und Rolle aufzuhängen, pflegte der Arbeiter denselben zu erfassen und sich auf die Werkbank zu schwingen; auf dieser stehend, wendete er sich so, dass er mit dem Gesichte gegen seinen Arbeits-

platz, mit dem Rücken gegen die Fenster der Werkstätte zu stehen kam und den Riemen wieder erfassen und aufhängen konnte. Am 16. März 1882, Nachmittags 3 Uhr wollte der Kläger diese Manipulation vornehmen; er wurde dabei aber am rechten Arme erfasst und in die Höhe gezogen, so dass der Arm um den Wendelbaum gerissen wurde und an dem letzteren hängen blieb, bis er von seinen herbeigeeilten Mitarbeitern aus dieser Lage befreit wurde.

Ueber das Einzelne des Vorfalles behauptet der Kläger keinen Aufschluss geben zu können; eine andere Person hat den Vorfall nicht verfolgt. Wegen der erhaltenen Verletzungen musste dem Kläger der rechte Arm amputirt werden.

Für den Kläger wurden nun als Schadenersatz gestützt auf Art. 6 des Haftpflichtgesetzes 5000 Franken zuzüglich Arzt- und Verpflegungskosten gefordert. Das Begehren um Verzinsung der Schadenersatzsumme wurde nicht ausdrücklich gestellt.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, eventuell bedeutende Ermässigung des Forderungsbetrages. Er führte aus, der Unfall sei ohne Zweifel nur durch Selbstverschulden des Klägers verursacht worden, eventuell sei das Unglück die Folge eines Zufalles.

Aus dem von den Parteien anlässlich des bezirksgerichtlichen Augenscheins Vorgetragenen ergab sich, dass dem Kläger schon früher ein ganz ähnlicher Unfall zu begegnen gedroht hatte und dass ihm bei dieser Gelegenheit vom Vorarbeiter der Auftrag gegeben worden war, die Manipulation zukünftig nicht mehr selbst vorzunehmen und zu derselben einen andern Arbeiter herbeizurufen. Dieser Weisung wurde eine Zeit lang nachgelebt; als aber dann der Kläger wieder anfing, derselben zuwider zu handeln, liess man ihn gewähren. Ebenso ergab sich, dass in der Fabrik eine Vorrichtung zum Aufhängen des Riemens bestand, die weit weniger gefahrvoll war, die aber nicht gebraucht wurde.

Das Bezirksgericht gelangte nun dazu, anzunehmen, der Kläger habe durch den Unfall $^4/_5$ seiner Arbeitsfähigkeit verloren. Da er nun zur Zeit des Unfalls 2 Fr. 40 Cts. per Tag verdient habe, dies einem Jahresverdienst von 720 Fr. gleichkomme, so würde die Maximalentschädigung bei gänzlicher Arbeitsunfähigkeit 4320 Fr. ausmachen. (Art. 6 leg. cit.) Werde von dieser Summe der entsprechende Betrag für die gebliebene Arbeitsfähigkeit und für die aus dem Nichtbefolgen der Weisung des Vorarbeiters sich ergebende Selbstverschuldung $^1/_5$ abgezogen, dazu aber der Betrag der Heilungs-

kosten zugezählt, so ergebe sich rund die Summe von 3200 Fr., die dem Kläger auch gutgeheissen wurde.

Beide Parteien gelangten an das Obergericht. Dieses bestätigte das erstinstanzliche Urtheil, sprach dem Kläger jedoch noch die Zinsen der Schadenersatzsumme vom Tage der Klaganhebung an zu.

Motive: Wenn die beklagte Partei sich darauf beruft, der Kläger habe den Unfall durch Selbstverschulden veranlasst, sie sei also nicht haftbar, so kann dieser Standpunkt nicht als richtig angenommen werden. Der Beklagte verweist in erster Linie darauf, der Kläger habe entgegen der Weisung des Vorarbeiters die Manipulation selbst unternommen; in zweiter Linie stellt er darauf ab, der eingetretene Erfolg habe nur durch eine ungeschickte Bewegung verursacht werden können. Nun ist aber zu berücksichtigen, dass zugestandenermassen jene Weisung zur Zeit vor dem Unfalle nicht mehr befolgt und das Zuwiderhandeln gegen dieselbe geduldet wurde. Sie konnte auch nur den Sinn haben, befolgt zu werden, bis der Kläger mehr Fertigkeit erworben haben würde. Wenn nun in der Nichtbefolgung derselben auch ein geringes Selbstverschulden liegt, so ist dasselbe wohl bei der Bemessung des Schadenersatzes zu berücksichtigen, es fällt aber bei der Frage der Haftpflicht nicht in Betracht, um so weniger, als die Einrichtung, die den Unfall herbeiführte, doch eine gefährliche genannt werden muss und die Gefahr durch eine zweckentsprechende Einrichtung, wenn nicht ganz beseitigt, so doch hätte vermindert werden können. Anderseits dagegen liegt nicht nur in dem Nichtbefolgen der Weisung ein Selbstverschulden, ein solches muss nach der Ansicht des Obergerichtes auch in Form einer unvorsichtigen Bewegung oder wie immer zu dem Unfall mit beigetragen haben, wiederum ohne dass dasselbe von der Haftpflicht befreien würde. Wollte also das Mass des Selbstverschuldens nach Art der I. Instanz in Zahlen ausgedrückt werden, so würde sich eine höhere Zahl als blos $^1/_8$, vielleicht $^1/_4$, ergeben.

Ein gewisses, die Schadenersatzpflicht der beklagten Partei beschränkendes Selbstverschulden ist also erwiesen. Dagegen kann nicht angenommen werden, der Unfall sei durch Zufall veranlasst. Denn es ist unzweifelhaft, dass er durch eine entsprechende Vorrichtung hätte vermieden werden können, dass er also die Folge einer Unterlassung des Beklagten ist, der nicht gethan hat, was hätte gethan werden können zur Vermeidung solcher Vorkommnisse. So lange

aber durch irgendwelche Vorkehrungen ein Erfolg verhütet werden konnte, kann von Zufall nicht gesprochen werden.

Bei der Frage der Berechnung der Schadenersatzsumme ist zu berücksichtigen, dass nach Art. 6 des Haftpflichtgesetzes dem Richter in soweit freie Hand gelassen ist, als er die Summe unter Berücksichtigung aller Umstände festsetzen kann, dabei aber, die Verpflegungskosten nicht eingerechnet, weder den sechsfachen Jahresverdienst des Verletzten, noch die Summe von 6000 Fr. übersteigen darf. Die Verletzung des Klägers ist eine schwere. Durch sie ist dessen Arbeitsunfähigkeit für eine gewisse Zeit nahezu auf null, für immer aber in ganz bedeutendem Masse reduzirt, denn es wird demselben schwer fallen, für sich eine passende Beschäftigung zu finden und selbst wenn es ihm gelungen ist, wird der Verdienst bedeutend unter dem Betrage bleiben, der bei normaler Beschaffenheit zu erreichen gewesen wäre. Der Kläger war zur Zeit noch nicht über 18 Jahre alt, er hatte also das Maximum des noch zu erreichenden Lohnes noch vor sich. Zieht man endlich in Betracht, dass nach dem Lohnbuch des Beklagten der Kläger vor dem Unfall in 3 Tagen und 9 Stunden Fr. 9. 70 verdiente, so erscheint mit Rücksicht auf alle Umstände, namentlich auch unter Berücksichtigung des Selbstverschuldens die Summe von 3200 Fr. unter allen Titeln als angemessen. Als billige Entschädigung dafür, dass er diese Summe bisher entbehren musste, muss dem Kläger dieselbe vom Tage der Klaganhebung an verzinst werden. Diese Verpflichtung versteht sich von selbst, sie ist als das Mindere, Nebensächliche, im Mehreren, Hauptsächlichen, enthalten. Die Verzinsung ist zwar nicht ausdrücklich verlangt worden; allein mit Rücksicht auf das eben Erwähnte und weil damit die vom Kläger geforderte Summe nicht überschritten wird, kann es keinen Anstand leiden, die Verpflichtung dazu im Urtheil selbst auszusprechen.

---

**56.** *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Schadenersatzklage eines Schreiners wegen theilweiser Erwerbsunfähigkeit in Folge Verletzung der linken Hand durch eine Circularsäge. Art. 2, 5 a, 6 b.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 25. September, bestätigt vom Appellationsgericht am 25. October 1883 i. S. Joh. Gass c. Maring & Mertz.

Am 24. März erlitt der seit ungefähr zwei Jahren bei Maring & Mertz als Schreiner beschäftigte Joh. Gass eine

schwere Verletzung, indem er mit der linken Hand in die Circularsäge gerieth. Er verlangt eine Entschädigung von 3000 Fr. und Ersatz der Heilungskosten mit Fr. 46. 50. Die Beklagten wollen nur eine Entschädigung von 1200 Fr. anerkennen. Ueber die Schwere der Verletzung und den daraus erwachsenen Nachtheil sagt das ärztliche Gutachten: „J. G. verlor durch diese Verletzung den fünften Finger und die beiden ersten Glieder des Zeigefingers, ferner waren der dritte und vierte Finger bedeutend gequetscht und zerrissen. Vollständig intact blieb auch der Daumen nicht, jedoch war hier die Verletzung nur oberflächlich. Bei der Untersuchung am 14. September war zu constatiren: 1) vollständige Gebrauchsfähigkeit des Daumens, 2) Unbrauchbarkeit des Stumpfes des Zeigefingers, 3) halbe Gebrauchsfähigkeit des dritten und vierten Fingers. Da der Daumen noch gut gebraucht werden kann und die Verletzung die linke Hand betrifft, so ist seine Arbeitsfähigkeit als Schreiner nicht vollständig aufgehoben, wohl aber in einem sehr hohen Grade beeinträchtigt und zwar so, dass er feinere Arbeiten nicht mehr ausführen kann und bei gröberen ziemlich beeinträchtigt ist. Es ist auch für die Zukunft kaum zu hoffen, dass die Beweglichkeit der noch vorhandenen Finger eine bedeutend bessere werden wird."

Die Beklagten wurden zur Zahlung von Fr. 2821. 50 nebst Zins à 5% seit dem 26. Juni 1882 verurtheilt.

Motive: Die Haftpflicht der Beklagten wird grundsätzlich nicht bestritten, dagegen werden verschiedene Momente geltend gemacht, welche gemäss Art. 5 des B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb eine angemessene Reduktion der vollen Schadensersatzsumme rechtfertigen sollen. Die Behauptung nun, der Kläger sei in dieser Arbeit nicht gehörig eingeübt gewesen, wurde durch die Zeugenaussage widerlegt; die Schutzvorrichtung, welche vom Kläger nach der Beklagten Ansicht nicht genügend beobachtet wurde, schützt, wie sich aus dem Zeugenverhör ergab, nur gegen das Zurückschlagen des Holzes, während Unfälle, wie der vorliegende, durch sie eher befördert als verhindert zu werden scheinen; ein Verschulden des Klägers ist also nicht glaubhaft gemacht worden; anderseits blieb auch die Behauptung des Klägers, er habe nasses Holz verarbeiten müssen, unbewiesen und es wurde von dem Vorarbeiter bestritten, dass die Arbeit mit nassem Holz schwieriger und gefährlicher wäre als mit trockenem. Es kommen somit die Art. 2, 5 l. a. und 6 l. b. des Haftpflichtgesetzes zur Anwendung. Für die Bemessung

der Höhe des Schadens muss das ärztliche Gutachten massgebend sein; ausser demselben fällt in Betracht, dass der Kläger vor dem Unfall durchschnittlich 34 Cts. per Arbeitsstunde verdiente und dass er von den Beklagten nachher nicht mehr zu der frühern Arbeit verwendet werden konnte, sondern nur noch als Maler; es geht daraus hervor, dass der Kläger in seiner Erwerbsfähigkeit sehr bedeutend geschädigt worden ist. Es erscheint daher die Forderung von Fr. 3000 nicht als übersetzt. Die Verpflegungskosten sind nach Art. 6 besonders zu ersetzen. — Art. 9 des Haftpflichtgesetzes, den der Kläger herbeigezogen hat, kann hier nicht in Betracht kommen, da er sich nur auf den Fall bezieht, wo der Arbeiter mit der Versicherungsgesellschaft contrahirt und der Arbeitgeber nur einen Beitrag an die Prämie leistet. Zugegebener Weise hat der Kläger während circa zweier Monate gänzlicher Arbeitsunfähigkeit den vollen Lohn von Fr. 3. 75 per Tag bezogen, damit ist er für die Zeit genügend entschädiget, die erhaltene Summe von rund $60 \times 3.\ 75 =$ Fr. 225 muss daher von der Klagforderung abgehen.

---

**57.** ***Bundesgesetz über die Fischerei vom 18. September 1875. Das Verbot des Art. 6, Fische unter dem gesetzlichen Minimalmass zum Verkauf auszubieten, bezieht sich nicht auf die vom Auslande eingeführten.***

**St. Gallen.** Urtheil der Recurscommission des Kantonsgerichts vom 24. Dezember 1883.

Der Fischer U. Sch. in V. hat am 14. Juli 1883 in Ragaz 11¼ Kg. Forellen zum Verkaufe ausgeboten, von welchen 3½ Kg. das bundesgesetzliche Minimalmass nicht besassen. Die zu kleinen Fische wurden konfiszirt und der Beklagte zur Strafe eingeleitet. Er bestritt, etwas Strafbares begangen zu haben, weil er die Fische nicht in der Schweiz gefangen, sondern am Vortage aus Vaduz in die Schweiz eingeführt habe und das Verbot sich nur auf die in der Schweiz gefangenen Fische beziehe.

Die Gerichtscommission sprach den U. Sch. frei in Erwägung: a. Der Beklagte hat den Nachweis für die Einfuhr dieser Fische geleistet; b. Art. 6 des Bundesgesetzes verbietet allerdings ganz allgemein den Kauf und Verkauf von Bachforellen unter 15 Centimeter Länge, aber aus dem Umstande, dass die Einfuhr derartiger zu kleiner Fische Seitens des Bundes geduldet wird, ist zu schliessen, das Verbot be-

ziehe sich nur auf die in der Schweiz gefangenen, keineswegs aber auf die im Ausland gefangenen und in die Schweiz eingeführten Fische; c sonach involvirt der eingeklagte Fischverkauf keine Gesetzesübertretung.

Die Staatsanwaltschaft recurrirte gegen dieses Urtheil, weil es dem Sinn und Geist des Bundesgesetzes widerspreche. Art. 6 verbiete den Verkauf zu kleiner Fische unbedingt, wie und woher sie auch bezogen worden seien. Das Verbot würde durch die Einschränkung auf die in der Schweiz gefangenen Fische illusorisch gemacht, da die Kontrole hierüber zu schwierig wäre.

Die Recurscommission hat den Recurs abgewiesen.

Motive: Sinn und Geist des Verbotes kann wohl kein anderer sein, als dass diejenigen, aber auch nur diejenigen Fische, welche durch das Bundesgesetz geschützt werden sollen und die desshalb nicht weggefangen werden dürfen, auch nicht feilgeboten und nicht gekauft werden sollen. Das verbotene Fangen verliert an Interesse und wird dadurch erschwert, und das Fangverbot wird wirksamer und leichter durchzuführen sein, wenn der Fänger für die gesetzwidrig gefangenen Fische keinen Absatz findet. Nun gilt der Schutz des Bundesgesetzes, also das Fangverbot, nur den Fischen in unsern Gewässern, also auch das Verbot des Verkaufs und Ankaufs. Dieser Auslegung steht auch die Fassung des Art. 6 — genau und im Zusammenhang betrachtet — nicht direkt entgegen. Zwar ist im ersten Alinea das Verkaufsverbot ganz allgemein vorausgestellt; aber der Schlusspassus spricht von Fischen, welche das Minimalmass nicht besitzen und doch gefangen werden und die dann wieder in's Wasser geworfen werden müssen. Das heisst wohl, das Fangen kann man nicht verhindern, weil man sie erst messen kann, wenn sie gefangen sind; man kann es an und für sich daher auch nicht verbieten und nicht bestrafen. Hat man aber zu kleine gefangen, so ist geboten, sie wieder in's Wasser zu werfen, und dieses Gebot bekommt den nöthigen Nachdruck durch das Verbot, sie feilzubieten, zu verkaufen und zu kaufen. Mit Ueberbindung der Beweislast, dass die feilgebotenen Fische vom Ausland eingeführt seien auf den Verkäufer oder Käufer, ist die Schwierigkeit der Kontrole für die Staatsorgane gehoben.

58. *Bundesgesetz über Jagd- und Vogelschutz vom 17. October 1875. Art. 21. Schaffhausener Bussentarif für Jagdfrevel vom 26. Juli 1876. Civilrechtliche Haftung Mehrerer für den aus Jagdfrevel entstandenen Schaden („Abtrag") in dem Falle, wo die strafrechtliche Ahndung Mangels Beweises nicht stattfinden kann.*

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichts vom 6. April 1883.

Nach dem Bundesgesetz über Jagd- und Vogelschutz ist es zu jeder Zeit verboten, Rehgaisen zu erlegen. Ausser der Busse für die Uebertretung dieses Verbotes hat nach der genannten Verordnung der Thäter einen Abtrag von 50 Fr. zu bezahlen.

Die drei Appellanten waren nun am 18. Oktober 1882 Vormittags gemeinschaftlich jagen gegangen. Am Nachmittag desselben Tages hörte ein Flurhüter der Gemeinde, auf deren Gebiet sie jagten, bei einem Gange in der Nähe des Jagdgebietes einen Schuss fallen, Hunde jagen und ein Reh schreien. Der Richtung des Schreies folgend, stiess er auf eine angeschossene sterbende Rehgais, an der zwei, der Jagdgesellschaft gehörende Jagdhunde frassen. Nach 5 Minuten traf einer der 3 Jäger in der Nähe dieser Stelle ein und nach weitern 10 Minuten erschienen auch die zwei andern.

Vor Polizeidirektion geladen, bestritten die Beschuldigten auf's hartnäckigste, an dem Tode der Rehgais schuldig zu sein. Nach ihrer Aussage hatten sie am Morgen in westlicher Richtung der genannten Gemeinde gejagt, die Jagd aber eingestellt, weil die Hunde eine Rehgais verfolgten. Gegen Mittag wurde die Jagd fortgesetzt. Die drei Jäger sagten nun darüber aus, die Jägerei sei ihnen selbst sonderbar vorgekommen: sie hätten ihre Hunde in nördlicher Richtung jagen hören, auf einmal seien zwei Schüsse gefallen, sie seien denselben nachgegangen, hätten eine Weile lang nichts mehr gehört und alsdann bemerkt, dass sich die Jagd nun in der Gegend, in der später das Reh gefunden wurde, bemerkbar machte. Da sei ein dritter Schuss gefallen, mitten unter ihnen, so dass sie zusammengetreten seien, jeder in der Meinung, der andere habe geschossen. Da ihnen die Sache unerklärlich gewesen sei, hätten sie den zuerst bei der Gais angekommenen S. geschickt, um nachzusehen, was da vorgehe, ob etwa ein Wilderer ihnen ein Wild „wegkapern" wolle. Offenbar sei auch ein solcher in ihr Jagdgebiet gerathen und habe das Wild erlegt.

Die Polizeidirektion stellte sich auf den Standpunkt, die Rehgais sei von einem der drei erlegt worden; welcher der Thäter sei, könne nicht festgestellt werden, obgleich eine grosse Wahrscheinlichkeit für die Schuld des S., der zuerst bei der Gais angekommen, spreche. Wo aber eine zu einer gemeinsamen Jagd zusammentretende Gesellschaft einen Jagdfrevel begehe, hafte die ganze Gesellschaft für Busse und Abtrag.

Bezirksgericht und Obergericht sprachen dagegen die Rekurrenten von der Busse frei, verurtheilten sie aber unter solidarer Haftbarkeit zur Bezahlung des Abtrages.

Motive: Es kann keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass einer derselben die Rehgais erlegt hat. Dafür sprechen die Verumständungen mit überzeugender Gewissheit. Zugestanden ist, dass schon am Morgen des 18. Oktobers die Jagd eingestellt wurde, weil die Hunde eine Gais jagten. Der Schuss, welcher alsdann Nachmittags fiel, ist nach gemeinschaftlicher Aussage aller drei Rekurrenten in ihrer Nähe gefallen; die Rehgais war von keinen andern Hunden verfolgt, als von denjenigen der Jagdgesellschaft und nachdem sie gefallen, waren es wieder dieselben Hunde, die dabei betroffen wurden. Dass ein nicht zur Gesellschaft gehörender Jäger (ein Wilderer) in dieser Nähe der Rekurrenten sich aufgehalten habe, ist von vorneherein unglaublich.

Welcher von den dreien aber der Thäter sei, kann nicht mit Gewissheit gesagt werden. Dies gibt Veranlassung, von einer Verfällung derselben in eine Busse Umgang zu nehmen. Denn auch die polizeiliche Bestrafung setzt voraus, dass ein bestimmtes Vergehen einer bestimmten Person nachgewiesen sei, hier aber kann nur ein einziger der Schuldige sein; es kann also eine Gesammtbusse nicht ausgesprochen werden.

Anders dagegen verhält es sich mit den civilen Folgen des Deliktes. Als eine solche muss der Abtrag im Sinne des obengenannten Bussentarifs aufgefasst werden. Nachdem sicher ist, dass einer der drei der Schuldige ist und auch angenommen werden muss, es wisse jeder derselben, welches der Thäter sei, nachdem anderseits feststeht, dass alle drei zu gemeinschaftlichem Unternehmen sich vereinigt hatten, ist ihre civilrechtliche solidare Haftbarkeit für den Schaden begründet und sie müssen zur Bezahlung des Abtrages von 50 Fr. angehalten werden.

59. *Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. Wenn das verkaufte und übergebene Thier durch Casus und nicht an dem nachträglich entdeckten Gewährsmangel zu Grunde geht, so kann nicht Wandlung verlangt werden.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 24. Juli 1883 i. S. Häfliger c. Aeberhard.

Motive: In dritter Linie stellt die Klage auf das Konkordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel vom 27. Juni 1853 ab und führt aus, dass nach § 3 derselben, wenn überhaupt angenommen werde, dass der Eigenthumsübergang in Schönbühl stattfand, der Beklagte unter allen Umständen verpflichtet gewesen wäre, den mit einem Gewährsmangel behafteten Zuchtstier zurückzunehmen und den empfangenen Kaufpreis dem Kläger zu ersetzen, bezw. für entsprechende Preisminderung einzustehen. Diese Verpflichtung greife denn auch in casu Platz und könne daran der Umstand nichts ändern, dass das Thier ohne Verschulden des Klägers (und Käufers) umgestanden. Diese Argumentation muss aber als unrichtig verworfen werden. Denn die Voraussetzungen des Konkordats, welches bei Vorhandensein eines Hauptmangels die actio redhibitoria und nicht quanti minoris vorsieht, treffen für den vorliegenden Fall gar nicht zu, indem gerade das Thier, welches Gegenstand der Wandlungsklage sein sollte, durch casus zu Grunde gegangen ist und zwar bevor der Währschaftsmangel konstatirt und diessbezüglich das im Konkordat vorgesehene Verfahren eingeleitet worden war. Wäre hingegen nachgewiesen, dass das Thier in Folge des Gewährsmangels umgestanden, so entstände dann allerdings die Frage, ob nicht nach § 11 in diesem zwar nicht ausdrücklich vorgesehenen Fall Restitution des (vor der Uebergabe bezahlten) Kaufpreises verlangt werden kann. Dieser Causalzusammenhang zwischen dem konstatirten Gewährsmangel und dem Umstehen des Thieres liegt aber nicht vor und kann daher das Konkordat nicht Anwendung finden, sondern greift der im vorhergehenden Motiv erwähnte allgemeine Grundsatz Platz: casum sentit dominus.

60. *Nachsteuerforderungsrecht ausserkantonaler Steuercorporationen. Steuerforderungen, mit Ausnahme der Grundsteuern, sind persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 B.-V. Für die Frage der Nachsteuerpflicht ist in materieller Beziehung das am frühern Wohnsitz des Steuerpflichtigen geltende ausserkantonale Recht massgebend; dagegen richtet sich die Feststellung des während der Nachsteuerperiode vorhanden gewesenen Vermögens nach dem kantonalen Recht des letzten Wohnsitzes.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 2. October 1883.

A. M. wohnte von 1829 bis 1879 in der Gemeinde G., Kanton Appenzell, zog 1879 nach St. Gallen, starb hier am 9. Juni 1882 und hinterliess ein Vermögen von Fr. 155,000. Die Steuerpflicht in G. dauerte von 1829 bis Ende 1879. Nun klagt der Gemeinderath von G. gegen die Erben des A. M. auf Vergütung einer Nachsteuer von Fr. 6957. 20 für die Gemeinde G. und Namens der appenzellischen Staatskasse auf Vergütung einer solchen von Fr. 162. 50, nebst 5% Zins auf jedem einzelnen Jahresbetreffniss, vom betreffenden Steuerjahr an gerechnet. Die im Editionsverfahren zur Prüfung der Gemeinde G. gelangte Buchführung des A. M. bot keine ausreichenden Anhaltspunkte zu genauer Feststellung des Vermögensstandes in jedem einzelnen Steuerjahr, beziehungsweise aller seit 1829 ergangenen Mutationen. So sah sich die Gemeinde G. darauf verwiesen, den Vermögensstand für jedes einzelne Steuerjahr approximativ festzustellen, wobei sie von dem im Jahr 1882 nach dem Ableben von A. M. amtlich ermittelten Vermögensstande von Fr. 155,000 ausgehend, neben der Berücksichtigung aller wirklich nachweisbaren Mutationen (bei Heirath, Erbanfall, Gewinne und Einbussen) eine allmälige progressive Vermögenszunahme von jährlich Fr. 3000 in den letzten Jahren vor dem Tode des A. M. herunter bis auf jährlich Fr. 800 in den ersten Jahren der gesammten Periode zu Grunde legte.

Die Gemeinde G. stützte ihr Nachsteuerforderungsrecht prinzipiell auf das appenzellische Steuergesetz von 1835, laut welchem das Vorenthaltene sammt Zins dem Land und der Gemeinde nachbezahlt werden muss, wenn es sich vor oder nach dem Absterben eines Steuerpflichtigen ergibt, dass er nicht die Hälfte seines Vermögens versteuert hat; die Steuerpflicht des A. M. in G. von 1829/79 war nicht bestritten. In quantitativer Hinsicht erstrecke sich die Nachsteuerpflicht auf die ganze Periode, während welcher unrichtig gesteuert worden sei, denn das Gesetz kenne diesfalls keine Zeit-

beschränkung. Für die Nachsteuersumme bilde der Vermögensstand beim Ableben des A. M. laut Theilrechnung mit den aktenmässig ermittelten Mutationen während der Nachsteuerperiode die Grundlage. Der in der Natur der Sache begründeten Einrede, dass das Vermögen nicht von Anfang an so gross war, sondern nur successive auf den Nachlassbetrag angewachsen sei, werde billige Rücksicht getragen in der Aufstellung der Klägerin; den Erben von A. M. bleibe es nun unbenommen, den Beweis zu erbringen, dass das Vermögen in den einzelnen Steuerjahren geringer gewesen, als angenommen worden, beziehungsweise dass es in einer andern, für die Nachsteuerpflichtigen günstigern Weise allmälig auf die Höhe des Nachlasses gebracht worden sei.

Die beklagten Erben des A. M. verlangten prinzipielle Abweisung der Klage; der Nachlass sei in St. Gallen und unter St. Gallischem Gesetz eröffnet worden; dieses kenne keine Nachbesteuerung zu Gunsten anderer Kantone oder Staaten, eine solche sei auch nicht selbstverständlich, denn jede Steuerforderung sei öffentlich rechtlicher Natur sowohl hinsichtlich der materiellen Grundsätze über die Nachsteuerpflicht, wie auch hinsichtlich des Verfahrens für Ermittlung des Steuerkapitals. Wenn die Gemeinde G. den A. M. in Nachbesteuerung ziehen wollte, so konnte das nur geschehen, so lange er unter appenzellischer Steuerhoheit stand. Eventuell aber müsste die Gemeinde G. den Beweis für alle Behauptungen, auf welche sie ihre Forderung stützt, also auch für den Bestand des wirklichen Vermögens in den einzelnen Steuerjahren, nach dem Beweisverfahren des St. Gallischen Civilprozesses erbringen; denn das im St. Gallischen Steuergesetz hiefür vorgesehene Spezialverfahren gelte nur für St. Gallische Nachsteuerfälle, und das appenzellische Verfahren für Ermittlung des Steuerkapitals finde vor St. Gallischem Richter keine Anwendung. Nun sei die von der Gemeinde G. auf 50 Jahre rückwärts konstruirte Vermögensbildung nicht bewiesen; sie beruhe auf willkürlichen Voraussetzungen und blossen Muthmassungen.

Das Kantonsgericht hat die Erben von A. M. bei ihrem prinzipiellen Standtpunkt zwar nicht schützen können, die Forderung aber dennoch abgewiesen.

Motive: Gegenüber dem Art. 50 B.-V. von 1848 haben die Kantone den Standpunkt wiederholt festzuhalten versucht, dass die Steuerforderungen nicht als persönliche Forderungen, sondern als solche des öffentlichen Rechts nach ihrer Entstehung, Feststellung und Erhebung anzusehen seien und

demgemäss gegen renitente Steuerpflichtige auch nach deren Uebersiedelung in andere Kantone die Klage im eignen Kanton durchgeführt und dem Urtheil entweder mittelst Arrestlegung im eignen Kanton Vollzug zu verschaffen oder für dasselbe die im Art. 49 B.-V. von 1848 für die in einem Kanton gefällten rechtskräftigen Civilurtheile zugesicherte Vollziehbarkeit am neuen Wohnsitz ihres vormaligen Angehörigen in Anspruch zu nehmen versucht. Aber durch wiederholte Entscheidungen der Bundesbehörden ist erkannt worden, dass Steuerforderungen, sofern die Steuer nicht bloss vom Grundeigenthum als solchem erhoben worden, zu den persönlichen Forderungen im Sinne des Art. 59 B.-V. gehören, also gegenüber dem aufrecht stehenden schweizerischen Schuldner nur vor dem Richter des Wohnortes eingeklagt werden dürfen. Dabei hat das Kantonsgericht gefunden, dass für die Frage der Nachsteuerpflicht in materieller Hinsicht (betreffend die Nachsteuerperiode die steuerpflichtigen oder davon ausgenommenen Vermögensobjekte ob einfacher Ersatz der vorenthaltenen Beträge oder ein Zins auf denselben) das appenzellische Steuergesetz massgebend sei; dass dagegen die Feststellung der während der ganzen Nachsteuerperiode wirklich vorhanden gewesenen wechselnden steuerpflichtigen Vermögensbestände nur nach den Regeln des St. Gallischen zivilprozessualischen Beweisverfahrens zulässig sei und die hievon abweichenden Bestimmungen und Rechtsvermuthungen im Appenzellischen und im St. Gallischen Steuergesetze hier keine Anwendung finden können. Die klagende Gemeinde G. hat diesen auf 50 Jahre rückwärts allerdings ausserordentlich schwierigen Beweis nicht geleistet.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

61. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Inwiefern ist die Auslegung von Willenserklärungen (Verträgen) dem Bundesgerichte entzogen?*

Durch Vertrag vom 30. Januar 1883 verkaufte B. das gesammte Detailgeschäft in Droguen an D. In Art. 5 behielt sich B. vor, das mi-gros und en-gros Geschäft weiter zu betreiben, verpflichtete sich aber dem D. in Grossbasel so lange keine Concurrenz im Detailgeschäft zu machen, als das Geschäft im Haus zum „Schaltenbrand" bleiben werde. Und in Art. 6 ist gesagt: „Sollte dieser Vertrag von einem Theile „nicht gehalten oder zur Ausführung gebracht werden, so „hat der Fehlbare eine Conventionalstrafe von 10,000 Fr. zu bezahlen." Nun belangte D. den B. auf Bezahlung dieser Conventionalstrafe, weil derselbe fünf verschiedene Detailgeschäfte abgeschlossen und daher seine Verpflichtung, ihm, D., keine Concurrenz zu machen, nicht gehalten habe. Das kantonale Gericht wies die Klage ab, weil der Vertrag nicht den Sinn haben könne, dass die Conventionalstrafe für jede auch noch so unbedeutende Abweichung von demselben könnte eingefordert werden, vielmehr sowohl nach dem Wortlaut der betreffenden Vertragsbestimmung als der Höhe der Conventionalstrafe angenommen werden müsse, dass sie nur für den Fall des gänzlichen Rücktritts vom Vertrage vereinbart worden sei. — Das Bundesgericht, an welches D. das Urtheil des kantonalen Gerichts weiter zog, bestätigte dasselbe; Gründe: „Das Bundesgericht ist auf die rechtliche Ueberprüfung des kantonalen Entscheides beschränkt; die thatsächliche Feststellung des kantonalen Gerichts hat es nicht zu untersuchen. Thatsächlicher Natur aber sind nicht nur die Feststellungen äusserer sondern auch diejenigen innerer Vorgänge, insbesondere also die Feststellung darüber, welchen Sinn die Parteien gewissen Worten einer Vertragsbestimmung thatsächlich beigelegt, oder in welchem Sinne sie eine Klausel einer Vertragsurkunde beim Vertrags-Abschluss aufgestellt

haben. *) Eine Nachprüfung durch das Bundesgericht ist nur insoweit statthaft, als dasselbe zu prüfen hat, ob die kantonale Entscheidung nicht auf unrichtiger Anwendung des Gesetzes, insbesondere der Auslegungsregeln des objectiven Rechts (Art. 16 O.-R.), also auf einem Rechtsirrthum beruhe. Liegt ein Rechtsirrthum nicht vor, so hat das Bundesgericht die Richtigkeit der von den kantonalen Gerichten aus dem Wortlaute und dem Zusammenhange einer Vertragsurkunde oder aus sonstigen Thatumständen gezogenen Folgerungen auf den Willen der Parteien nicht zu prüfen, sondern hat dieselben ohne Weiteres seinem Urtheile zu Grunde zu legen. Wenn nun die Vorinstanzen aus dem Wortlaute und Zusammenhange der Vertragsurkunde den Schluss gezogen haben, dass nach der Willensmeinung der Parteien eine Konventionalstrafe nur für den Fall des gänzlichen Abgehens vom Vertrage habe vereinbart werden wollen, so ist nicht ersichtlich, dass diesem Schlusse eine unrichtige Anwendung des Gesetzes, insbesondere gesetzlicher Auslegungsregeln zu Grunde liege. Demnach kann aber von dem Zuspruche der vertraglichen Conventionalstrafe keine Rede sein. (Entsch. vom 24. Mai 1884 i. S. Dürselen c. Baader.)

---

62. *Zeitliche Anwendung des eidgenöss. Obligationenrechts. Art. 882. O.-R.*

G. hatte am 9. Juli 1878 mit der Unfallversicherungs-Gesellschaft W. einen Versicherungsvertrag für 10 Jahre abgeschlossen. Im Novbr. 1882 erlitt er eine Verletzung am Auge, wovon er im März 1883 dem Agenten der Gesellschaft die vertraglich vorgeschriebene Anzeige machte. Es kam in Frage, ob diese Anzeige nicht verspätet und daher der Anspruch des G. aus dem Versicherungsvertrage nach den besonderen Bestimmungen desselben verwirkt sei. Das Bundesgericht, an welches das, die Klage des G. gutheissende, Urtheil des kantonalen Obergerichts weiter gezogen wurde, erklärte sich incompetent. Gründe: Nach Art. 882 werden die rechtlichen Wirkungen von Thatsachen, welche vor den 1. Januar 1883 fallen, von demjenigen Rechte normiert, welches zur Zeit des Eintrittes dieser Thatsachen gegolten hat; die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen dagegen werden nach dem O.-R. beurtheilt. Unter den Thatsachen, welche diese Gesetzesstelle im Auge hat, können nur die

*) Vergl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. III, 198.

juristischen Thatsachen, durch welche ein Rechtsverhältniss begründet, beendigt oder verändert wird, verstanden werden. In casu handelt es sich nun ausschliesslich um die Vollziehung von Bestimmungen des Versicherungsvertrages, nicht um ausserhalb des Vertragsschlusses liegende Thatsachen, welche neue, von den Contrahenten nicht beabsichtigte Folgen erzeugen würden, und erscheint daher einzig der Vertrag vom 9. Juli 1878 als die in Betracht kommende juristische Thatsache. (Entschd. vom 7. März 1884 i. S. Unfallversicherungs-Gesellschaft Winterthur c. Gygi. A. S. d. b.-g. E. X, 140.)*)

---

63. *Dingliche Rechte an beweglichen Sachen, Art. 199 ff. O.-R.; Ausscheidung der beweglichen und unbeweglichen Sachen; Begriff der unbeweglichen Sache; auf fremdem Boden errichtete Gebäude. Behandlung einer ihrer Natur nach unbeweglichen Sache als bewegliche nach kantonalem Rechte; Kompetenz des Bundesgerichtes.*

a. Da das Bundesgesetz über das O.-R. weder ausdrücklich bestimmt, welche Sachen als bewegliche und welche als unbewegliche zu betrachten seien, noch die Lösung dieser Frage ausdrücklich der Kantonalgesetzgebung überlässt, so muss als Wille des Gesetzes angenommen werden, dass die Grenze nach den Grundsätzen der Wissenschaft be-

---

*) Aus den gleichen Gründen erklärte sich das Bundesgericht am 26. April 1884 i. S. Hassler c. Métropole incompetent, in welchem Falle seitens der Versicherungs-Gesellschaft die Ungültigkeit eines am 7. Novbr. 1882 abgeschlossenen Lebensversicherungs-Vertrages, gestützt auf eine bezügliche Vertragsbestimmung desshalb behauptet worden war, weil der Versicherungsnehmer bei Abschluss des Vertrages über seine Gesundheit falsche Angaben gemacht resp. eine Krankheit verschwiegen habe. — Ebenso am 26. April 1884 i. S. Wegmüller c. Thalmann, in welchem Falle zwischen den Parteien streitig war, ob Th. gemäss einem vor Inkrafttreten des O.-R. eingegangenen Kaufsversprechen (promesse de vente) pflichtig sei, gewisse Forderungen an Zahlungsstatt anzunehmen oder nicht. Diese Pflicht war von Th. desshalb in Abrede gestellt worden, weil einerseits nach der betreffenden Vertragsbestimmung angenommen werden müsse, dass er sich die Prüfung der Güte der Forderungen bis zum Abschlusse des definitiven Kaufvertrages vorbehalten habe, und anderseits ihm die Zahlungsunfähigkeit der Drittschuldner bei Abfassung der promesse de vente arglistig verschwiegen worden sei. — Endlich erklärte sich das Bundesgericht am 9. Mai 1884 i. S. Domerc c. Matthey, wo die Parteien darüber stritten, ob M., welcher für eine pfandversicherte Forderung Bürgschaft geleistet hatte, durch den am 27. Juli 1882 erfolgten Verzicht des D. auf das Pfandrecht von der Bürgschaft befreit worden sei, wegen Unanwendbarkeit des O.-R. incompetent.

ziehungsweise der natürlichen Beschaffenheit der Sachen zu ziehen sei.*)

b. Danach gelten als unbewegliche Sachen der Grund und Boden und was mit demselben organisch oder mechanisch dauernd verbunden ist. Zu den unbeweglichen Sachen gehören somit die mit dem Grund und Boden fest verbundenen, mit ihren Fundamenten in demselben ruhenden Gebäude. Ob dieselben vom Eigenthümer des Grund und Bodens oder von einem Miether oder Pächter errichtet worden sind und ob sie bei Ablauf der Mieth- oder Pachtzeit wieder abgebrochen werden müssen, macht keinen Unterschied.**)

Die Bestimmungen des O.-R. über dingliche Rechte an beweglichen Sachen (Art. 199 ff.) finden daher auf solche Gebäude, auch wenn sie von Miethern oder Pächtern errichtet sind, keine Anwendung, ohne Unterschied, ob dieselben nach bisherigem kantonalen Rechte (sei es allgemein, sei es nur gegenüber dem Miether oder Pächter) — hinsichtlich Veräusserung, Verpfändung, Execution — als bewegliche oder unbewegliche Sachen betrachtet und behandelt worden sind.***)

c. Die Kantone sind aber kraft ihrer Gesetzgebungsgewalt bezüglich der Rechte an unbeweglichen Sachen befugt, auch in Zukunft solche auf fremdem Boden errichtete Gebäude (allgemein oder nur hinsichtlich der Miether oder Pächter) wie bewegliche Sachen zu behandeln und auf dieselben entweder ihre bisherigen kantonalen Vorschriften zur

---

*) Hieraus folgt, dass die kantonalen Definitionen der unbeweglichen Sachen, soweit sie weiter gehen und daher in die bundesrechtliche Definition der beweglichen Sachen hinübergreifen, nicht fortgelten können.

**) Natürlich gilt dieser Entscheid nicht für den Fall, wo ein Gebäude auf den Abbruch verkauft wird. Vgl. hierüber Stobbe, Handbuch des deutschen Priv. R. 2. Aufl. I. 524 N° 14.

***) So war es bisher im Kanton Genf. (Vgl. Semaine judiciaire v. 21. März 1881 S. 178 ff.) Im concreten Falle hatte C. auf einem für die Dauer von 14 Jahren gemietheten Grundstücke ein Gebäude errichtet und dasselbe unter Vorbehalt des Wiederkaufsrechtes im Jahr 1879 an J. veräussert. Als C. sein Wiederkaufsrecht ausübte, machte J. für Verbesserungen und Werthvermehrungen (Cod. civ. § 1673) ein Retentionsrecht an dem Gebäude geltend und berief sich zu dessen Begründung auf die Art. 224 und 887 O.-R. Das Bundesgericht erklärte sich zum Entscheide der Frage, ob das Retentionsrecht bestehe oder nicht, incompetent, da es sich um eine unbewegliche Sache handle und daher das Bundesgesetz keine Anwendung finde. Vgl. Sirey, les Codes annotés, 3e édit., Code civil, Anmerkungen zu § 518, S. 272 f.

Anwendung zu bringen, oder sie den Rechtssätzen des O.-R. über dingliche Rechte an beweglichen Sachen zu unterwerfen, indem sie diese Rechtssätze durch kantonales Gesetz auf solche Rechtsverhältnisse ausdehnen. Dadurch wird aber die Competenz des Bundesgerichtes zum Entscheide diesfälliger Streitigkeiten nicht begründet, weil in diesem Falle die Bestimmungen des O.-R. nicht als bundesgesetzliche, sondern lediglich als solche eines kantonalen Gesetzes in Betracht kommen.*) (Entscheid vom 18. April 1884 in. S. Journel c. Collet.)

---

64. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. a) Reparaturen an einer eröffneten Bahnlinie gehören zum Eisenbahnbau; b.) Einrechnung der Leistungen von Unterstützungskassen u. dgl. auf die Entschädigung.*

a. Bauliche Arbeiten am Bahnkörper, wie die (in casu in Frage stehende) des Legens resp. Auswechselns von Schwellen, welche mit der Beförderung auf dem Schienengeleise in gar keinem directen Zusammenhang stehen, fallen nicht unter den Eisenbahnbetrieb. Dagegen gehören dieselben zum Eisenbahnbau im Sinne des Art. 1 des Haftpflichtgesetzes. Dieser umfasst nicht nur die zum Zwecke der erstmaligen Anlage einer Eisenbahn, sondern auch die zum Zwecke der Erhaltung oder Wiederherstellung einer bereits eröffneten Bahnlinie ausgeführten Bauarbeiten.**)

b. Die Frage der Einrechnung der Pensionsleistungen ist eine offene, da die gesetzesberathenden Factoren sich weder über eine bezügliche Bestimmung noch darüber, was beim Stillschweigen des Gesetzes in dieser Beziehung Rechtens sein werde***), haben einigen können. An der Hand allgemeiner juristischer Grundsätze muss der haftpflichtigen Unternehmung das Recht zugestanden werden, die Leistungen einer Versicherungsanstalt, Hülfskasse

---

*) Sowohl formell als materiell; Zeitschrift für schweiz. Recht. N. F. III 177 f. ad c. — Auch materiell enthalten solche kantonale Gesetze nicht Bundesrecht, weil sie die Bestimmungen des O.-R. auf Rechtsverhältnisse ausdehnen, für welche der eidg. Gesetzgeber sie nicht bestimmt hat.

**) Vgl. A. S. d. b.-g. E. VIII, 534.

***) S. einerseits Bericht der nationalräthlichen Commission vom 20. Octbr. 1874 S. 7 ff. und anderseits die Aeusserungen des Berichterstatters der ständeräthlichen Commission im Protokoll des Ständerathes vom 29. Juni 1875.

u. dgl. auf die von ihr aus dem Haftpflichtgesetze zu bezahlende Entschädigung in Abzug zu bringen, insoweit die Unternehmung durch von ihr bezahlte Beiträge (Mitleistungen) dem Verunglückten oder dessen Hinterlassenen jene Leistungen der Versicherungsanstalt oder Hülfskasse erworben hat, denn insoweit hat die Leistung der Versicherungsanstalt u. s. w. den Character einer Entschädigung für den durch den Unfall eingetretenen Vermögensschaden. Soweit dagegen die Zahlungen der Hülfskasse u. s. w. sich als vertragliche Gegenleistungen gegen frühere Leistungen des Verunglückten selbst qualifiziren, ist die haftpflichtige Unternehmung zur Einrechnung derselben auf die Entschädigung nicht befugt. Denn die betr. Versicherungssummen oder Pensionsleistungen sind juristisch als Leistungen aus einem gegenseitigen bedingten Vertrage, als Aequivalent für eine frühere durch die Beitragszahlungen herbeigeführte Verminderung des Vermögens des Verunglückten, nicht als Aequivalent für den durch den Unfall entstandenen Vermögensschaden zu betrachten.

(Entsch. v. 15. März 1884 i. S. Gerber. A. S. d. b.-g. E. X, 130.) Hievon ausgehend hat das Bundesgericht im concreten Falle, da die Eisenbahngesellschaft sich mit einem Drittel der Gesammtleistung an der Pensionskasse betheiligt hatte, derselben die Einrechnung eines Drittels der Leistung der Pensionskasse an die Erben G. auf die Entschädigung gestattet.

---

65. *Hinterlegung der Streitsumme seitens des angeblichen Schuldners; Rechte des Gläubigers an der Hinterlage. Einfluss auf den Gerichtsstand.*

D. in Küssnacht, Kt. Schwyz, hatte von Z. ein in Adligenschwyl, Kt. Luzern, liegendes Quantum Heu gekauft. Als D. dasselbe abführen wollte, wirkte H. unter Behauptung, D. schulde ihm an den Kaufpreis noch Fr. 49. 50 Cts., ein gerichtliches Verbot gegen die Abfuhr aus, worauf D. behufs Aufhebung des Verbotes den verlangten Betrag beim luzernischen Bezirksgerichte Habsburg deponirte. Z. erhob nun bei diesem Gerichte folgendes Klagebegehren gegen D.: „Letzterer sei gehalten, die Forderung von 49 Fr. 50 Cts. anzuerkennen und zu gestatten, dass sich Z. aus dem Depositum bezahlt machen dürfe.“ Die von D. gestützt auf Art. 59 der Bundesverfassung erhobene Einrede der Inkompetenz des luzernischen Gerichts wurde vom luzernischen

Obergericht verworfen, da die eingeklagte Forderung pfandversichert sei, indem dem Z. ein Pfandrecht an der Hinterlage zustehe. Vor Bundesgericht siegte dagegen D. ob. Gründe: Die dingliche Natur der Klage wird nicht daraus hergeleitet, dass dem Rekursbeklagten ein gesetzliches Pfand- oder Retentionsrecht an der Hinterlage zustehe, wovon auch nach den Bestimmungen des hier anwendbaren eidg. O.-R. nicht füglich die Rede sein könnte, sondern es wird dieselbe auf ein vertraglich begründetes Pfandrecht zurückgeführt. Dass aber in der Hinterlage eines streitigen Betrages unter Umständen der vorliegenden Art „der Natur der Sache nach" von selbst die Begründung eines Pfandrechtes liege, erscheint als entschieden unrichtig. Allerdings ist zweifellos, dass die Hinterlage zum Zwecke reeller Sicherung des Verkäufers erfolgt. Allein daraus folgt nicht, dass diese Sicherstellung durch Begründung eines Pfandrechtes geschehe. Vielmehr ist aus der „Natur der Sache" d. h. aus dem nach den Verhältnissen zu präsumirenden Willen der Parteien ein gegentheiliger Schluss zu ziehen. Denn wenn, wie hier, ein streitiger Betrag vom Käufer hinter Recht gelegt wird, so wird ja gerade der angeblich geschuldete Gegenstand selbst deponirt, nicht dagegen ein anderes Vermögensobject zur Sicherung der Bezahlung der Schuld eingesetzt. Es ist daher zum Mindesten sehr unwahrscheinlich, dass die Hinterlage pfandrechtlich verhaftet werden solle, so dass eine pfandrechtliche Execution in dieselbe stattzufinden hätte. Eher liesse sich behaupten, dass in Fällen vorliegender Art eine Eigenthumsklage des Verkäufers auf die Hinterlage statthaft sei, da in der Hinterlegung eine bedingte Eigenthumsübertragung liege. Allein eine solche Klage ist in concreto nicht erhoben. (Entsch. v. 16. Febr. 1884 i. S. Dober. A. S. d. b.-g. E. X, 31.)*)

---

**66.** ***Zum Begriff der Geschäfts- oder Zweigniederlassung. Gerichtsstand derselben.***

In einem Falle, wo sich ergab, dass eine Collectiv-Gesellschaft in der Stadt St. Gallen einen sog. Gehalter (einen zum Zwecke der Niederlage von Waaren gemietheten Raum) besitzt, wo nur an Markttagen ein Vertreter der Firma zu treffen ist, während der Gehalter in der übrigen Zeit ge-

---

*) Vgl. A. S. d. b.-g. E. VII. 484 ff.

schlossen ist und sich dort nur ein Briefeinwurf befindet; ferner die Correspondenz und das Rechnungswesen der Gesellschaft nicht in St. Gallen, sondern im Ct. Appenzell geführt wird, wo überhaupt die gesammte Geschäftsthätigkeit derselben (mit Ausnahme der auf den Marktverkehr bezüglichen) ihren Sitz hat, — verneinte das Bundesgericht die Frage, ob in St. Gallen ein Geschäftsdomicil und damit ein Gerichtsstand der Gesellschaft begründet sei. Denn — sagt das Urtheil — „eine Zweigniederlassung der Firma J. C. Z. & Cie. besteht demnach in St. Gallen nicht; es ist dort kein zweiter ständiger Mittelpunkt für ihre Gewerbethätigkeit begründet. Denn das blosse Halten eines Waarenmagazins an einem Orte begründet unzweifelhaft keine Zweigniederlassung und ebensowenig der regelmässige Marktbesuch oder die Veranstaltung, dass Briefe an bestimmter Stelle in einen Briefeinwurf deponirt werden können. Dem entsprechend ist denn auch die Firma J. C. Z. & Cie. in St. Gallen weder zur Anmeldung zum Handelsregister angehalten noch dort zur Besteuerung herangezogen worden, was beides ohne Zweifel hätte geschehen müssen, wenn sie in St. Gallen eine Zweigniederlassung besässe.*) (Entsch. vom 23. Mai 1884 i. S. J. C. Zellweger & Cie.)

---

67. *Konkordate in Konkurssachen. Mehrfaches Domizil des Konkursiten.*

Nach der feststehenden, in Anwendung der das Konkursrecht betreffenden eidg. Konkordate vom 15. Juni 1804 und 8. Juni 1810 erwachsenen, bundesrechtlichen Praxis**) steht bei mehrfachem Domizil des Schuldners dem Gerichte jedes der mehreren Wohnorte bundesrechtlich die Befugniss zur Eröffnung eines besonderen Konkurses über denselben zu und ist im Fernern als den Gerichtsstand begründendes Domizil nicht nur das Domizil im eigentlichen gemeinrechtlichen Sinne des Wortes, sondern auch die blosse Geschäftsniederlassung, beziehw. die von der Hauptniederlassung abhängige Zweigniederlassung***) anerkannt. Die

---

*) Vgl. Art. 865 Abs. 4 O.-R. und Kommentar zum schweiz. O.-R. von Schneider & Fick, 2. Aufl. S. 409 Ziff. 1 und Hafner Ausgabe des schweiz. O.-R. S. 166 Anmerk. 2 zu Art. 553.

**) Vgl. A. S. d. b.-g. E. VI. 568 und die daselbst in Erw. 1 angeführten Entscheidungen.

***) Eine solche Geschäftsniederlassung wurde in casu angenommen, weil sich ergab, dass in Biel (die Gesellschaft hatte ihren Hauptsitz in

sämmtlichen (in concreto Gesellschafts-) Gläubiger sind dabei zur Anmeldung ihrer Forderungen in sämmtlichen eröffneten Konkursen berechtigt. (Entsch. v. 14. März 1884 i. S. Konkursmasse Stockinger & Boschis. A. S. d. b.-g. E. X, 57.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

68. *Présomption de propriété résultant de la possession d'un meuble. Preuve contraire. Mauvaise foi du possesseur. Art. 199 et suivants C. O. — La présomption de propriété résultant de la possession d'un objet mobilier peut toujours être combattue par la preuve contraire.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 1er mai 1884 dans la cause dame Chavan c. enfants Schindler.

Georges Chavan, marbrier, à Lausanne, a fait faillite et sa femme a racheté de la liquidation le matériel nécessaire pour continuer en son nom à elle l'industrie exercée par son mari. Postérieurement à la clôture de la faillite, les enfants Schindler, créanciers de G. Chavan, ont séquestré à son préjudice un monument funèbre et une cheminée sculptée déposant dans l'atelier actuellement loué et exploité par sa femme. Dame Chavan a opposé à ce séquestre et a revendiqué la propriété des objets saisis en invoquant en sa faveur la présomption résultant de sa possession.

Le Tribunal du District de Lausanne a débouté la demanderesse de ses conclusions et ce jugement a été confirmé par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant que les dispositions du C. O., art. 199 et suivants, seules applicables à l'espéce, sur la transmission de la propriété mobilière, constituent en faveur de celui qui est en possession d'un objet mobilier une présomption légale qui peut toujours être combattue par la preuve contraire.

---

Freiburg) nicht bloss ein vorübergehend für kurze Zeit angelegtes Wanderlager, sondern ein ständiger Gewerbebetrieb, ein ständiges in offenem Laden betriebenes Detailgeschäft sich befinde, wo Detailverkäufe von den Angestellten des Filialgeschäftes vorgenommen und daher wenigstens in dieser Richtung selbständige Geschäfte — wenn auch gemäss den von den Geschäftsinhabern ertheilten Weisungen, — abgeschlossen werden und weil ferner die Geschäftsinhaber in Biel die polizeiliche Niederlassungsbewilligung ausgewirkt haben und dort unzweifelhaft auch für den Geschäftsbetrieb der Filiale besteuert worden seien.

Que, spécialement, on peut établir que la possession n'est pas de bonne foi, ainsi que l'indique l'art. 205 du dit code. Considérant que, dans l'espèce, Jeanne Chavan-Ducros ne saurait invoquer en sa faveur la possession de bonne foi.

Attendu, en effet, qu'il a été établi aux débats, soit par les pièces du dossier, soit par les preuves testimoniales intervenues, que peu de temps avant sa faillite G. Chavan a caché le monument funèbre sculpté dans une cave, et les pièces principales de la cheminée blanche, soit les deux montants sculptés, dans une baraque, dans une grosse caisse couverte de paille et de vieilles planches.

Que ces objets, qui sont ceux qui ont été séquestrés par les hoirs Schindler, n'ont pas été compris dans l'inventaire dressé lors de la discussion de G. Chavan et qu'ils ont été sortis de leur réduit et remis en magasin postérieurement à la clôture de la faillite.

Considérant qu'à supposer même que Jeanne Chavan ait été de bonne foi, elle aurait dû encore établir aux débats qu'à un moment quelconque, et en tout cas avant le séquestre Schindler, son mari lui avait vendu ou cédé les objets en litige en acquittement de sa créance contre lui.

Considérant qu'aucune preuve de ce genre n'a été entreprise, Jeanne Chavan se bornant à dire qu'elle est propriétaire des objets séquestrés par le motif qu'elle en est en possession.

Qu'il a été démontré, au contraire, que les dits objets ne faisaient point partie de la vente passée par le liquidateur en faveur de dame Chavan, et que ces meubles, soustraits par Chavan de sa discussion, étaient restés la propriété du discutant.

Considérant, dès lors, que les hoirs Schindler se trouvent bien au bénéfice de l'art. 891 du Code de procédure civile, qui statue que la discussion clôturée n'éteint pas l'action des créanciers sur les biens que le débiteur peut acquérir par la suite ou sur ceux qui auraient été soustraits ou non compris dans la discussion.

Que, dans ces circonstances, l'opposition de la recourante n'est pas fondée et que libre cours doit être laissé au séquestre du 29 août 1883, pratiqué par les enfants Schindler dans les conditions et les formes légales.

---

69. *Prescription. Compensation. Art. 882 et 138 C. O. Le code des obligations ne prévoit pas que le débiteur qui invoque*

*la prescription doive alléguer le paiement ni que le serment puisse lui être déféré sur ce point. Le tribunal supérieur ne peut compenser des valeurs dont la compensation n'a pas été demandée devant le premier juge.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 25 mars 1884 dans la cause Givel c. hoirs Hubler.

Frédéric Givel, à Payerne, a ouvert une action en règlement de compte aux hoirs de Frédéric Hubler, en cette ville, et leur a réclamé le paiement de 193 fr. 54 cent., pour solde. Dans son compte il a fait figurer le capital et les intérêts d'un billet de 105 fr. 75 cent., souscrit le 26 mai 1866 par Hubler en faveur de Givel.

L'hoirie Hubler a conclu à libération en invoquant la prescription en ce qui concerne le billet prémentionné.

Le Juge de paix de Payerne ayant admis l'exception de prescription, Givel a recouru en se fondant sur ce que les défendeurs n'ont allégué aucun paiement et sur ce que, les parties ayant été en compte dès 1866 à 1875, il y a eu compensation relativement au billet.

Le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Motifs: Considérant que l'art. 1671 du Code civil, invoqué par Givel, a été expressément rapporté par la loi vaudoise du 31 août 1882.

Que la législation applicable à l'espèce est le Code fédéral des obligations et spécialement l'art. 882, qui statue que les faits postérieurs au 1er janvier 1883, notamment la transmission ou l'extinction des obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par ce code.

Que, la prescription étant un mode d'extinction des obligations, il est incontestable qu'elle relève du C. O.

Considérant qu'aucune disposition de ce code ne prévoit que le paiement doive être allégué et que le serment puisse être déféré, lorsque la prescription est invoquée.

Considérant, quant à la question de compensation, que le billet réclamé n'était pas compris dans le compte des fournitures que les parties se sont faites réciproquement.

Considérant, du reste, qu'aux termes de l'art. 138 C. O. la compensation n'a lieu qu'autant que le débiteur fait connaître au créancier son intention d'user du droit de l'opposer.

Que les hoirs Hubler n'ont point manifesté cette intention devant le Juge de paix et que, dès lors, Givel est à tard aujourd'hui pour soulever ce moyen.

70. *Compensation. Die Zulässigkeit der Compensation ist nach kantonalem Recht und nicht nach Art. 131 O.-R. zu beurtheilen, sofern die Gegenforderung vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts entstanden ist. Art. 131 und 882 O.-R. (Vgl. Revue I Nr. 30.)*

Schwyz. Urtheil des Kantonsgerichts vom 31. Januar 1884 i. S. Leih- und Sparkasse Lachen c. Genosssame Wangen.

Das Bezirksgericht March hatte die Beklagte unterm 22/30. November 1883 zur Bezahlung von Fr. 6000 verurtheilt. Die gegen dieses Erkenntniss ergriffene Appellation wurde verworfen.

Motive: Altbezirksammann und Genossenvogt P. Schnellmann in Wangen stund mit der Appellantschaft (der Genosssame Wangen) erwiesenermassen in Geschäftsverkehr und schuldete dieser von daher eine Summe von Fr. 17000, wofür er bei derselben verschiedene Titel eingesetzt hatte.

Am 3. August 1881 enthob Sch. 10 dieser eingesetzten Titel und trat für diese der Leih- und Sparkasse Lachen ein Guthaben an der Genosssame W. im Betrag von Fr. 6000 zu Eigenthum ab.

Dieses Guthaben leitete Sch. aus Rechnungsabgaben an die Genosssame W., in seiner Eigenschaft als Genossenvogt ab, welche in den Jahren 1878 und 1879 einen Saldo zu seinen Gunsten im Betrag von Fr. 6196. 62 ergeben hatten. Die daherigen Rechnungen wurden jeweilen von der bestellten Prüfungskommission geprüft und auf deren Referat von der Genossengemeinde unter Verdankung an den Rechnungsführer genehmigt. Ja das erwähnte Guthaben des Sch. wurde auch in die Passiven des Vermögensbestandes der Genosssame W. aufgenommen und von demselben eine Gutschrift von 5% jährlichem Zins verzeigt.

Am 26. Febr. 1883 machte die Leih- und Sparkasse L. der Genosssame W. Anzeige von dieser Abtretung, welche sie in gutem Glauben erworben hatte, woraufhin letztere sich veranlasst fand, der Appellatin zu erwiedern, dass sie diese Abtretung, beziehungsweise Forderung von Fr. 6000 nicht anerkenne, weil sie dem Sch. nichts schulde, sondern vielmehr an diesem zu fordern habe.

Diese Bestreitung veranlasste den vorwürfigen Prozess und es stützt sich die Appellantschaft in ihrer Abwehr auf folgende zwei Einreden:

a) Sch., der Cedent, habe keine Forderung an der Genosssame besessen, indem der Rechnungssaldo, resp. das prätendirte Guthaben durch Ablage falscher und unrichtiger

Rechnungen entstanden sei; ja dass bei näherer Prüfung sich ergebe, dass Sch. nicht nur nie etwas zu fordern gehabt habe, vielmehr der Genosssame wegen unerlaubten, betrügerischen Handlungen noch grosse Summen schuldete und zwar schon vor und mit dem Jahr 1879.

b. es sei daher die Genosssame berechtigt, eventuell ihre Forderungen aus dieser frühern Zeit nach dem Obligationenrecht zu kompensiren, sofern die Spar- und Leihkasse eine wirkliche Forderung vom Cedenten erhalten hätte.

Diese Einreden sind aber nicht stichhaltig, weil:

ad a. Das abgetretene Guthaben von Fr. 6000 von der Hauptgenossengemeinde ohne irgend welchen Vorbehalt anerkannt und genehmigt worden ist und daher auch als existent angesehen werden muss, bis und so lange durch strafrechtlichen Untersuch die behaupteten betrügerischen Handlungen des Sch., aus denen die Unrichtigkeit des Guthabens sich ergiebt, nachgewiesen sind, was bis heute nicht geschehen ist;

ad b. Die Bestimmungen des Obligationenrechts über Compensation in diesem Falle keine Anwendung finden können, da die Thatsachen, aus welchen die allfällige Entstehung der behaupteten Schuld, sowie die Abtretung derselben und die Gegenforderungen der Appellantschaft hergeleitet werden, vor dem 1. Januar 1883, also vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts stattgefunden haben, und daher diese Handlungen betreffend rechtlicher Verbindlichkeit und ihrer rechtlichen Folgen nach § 882 O.-R. noch dem kantonalen Rechte unterliegen.

Die früher bestandenen rechtlichen Anschauungen im Kanton Schwyz betreffend Compensation würden aber eine Verrechnung der eingeschützten Forderungen der Appellantschaft nicht gestatten, weil nur liquide Forderungen verrechnet werden können, welche Eigenschaft aber den prätendirten Gegenforderungen der Appellantschaft fehlen. (vide beispielsweise § 381 C.-P.-O.)

---

71. *Compensation. Dieselbe ist auch zulässig gegenüber Forderungen, welche durch gerichtliches Urtheil festgestellt sind, und es erscheint daher die Vorschrift des § 158 al. 2 des zürch. Schuldbetreibungsgesetzes als durch das Obligationenrecht zwar nicht aufgehoben, aber doch wesentlich eingeschränkt. Art. 131, 132, 139 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts i. S. Kunz c. Heusser vom 23. Mai 1884.

Kunz betrieb den Heusser für eine Forderung, welche durch Urtheil des Bezirksgerichtspräsidiums Meilen vom 1. Dezember 1883 gutgeheissen worden war. Der Betriebene verstellte eine Forderung früheren Datums zur Compensation und es ist die Verrechnung entgegen der Einrede, dass dieselbe nach § 158 al. 2 des zürch. Schuldbetreibungsgesetzes nicht zulässig sei, als zulässig erklärt werden. Eine gegen diese Verfügung des Gerichtspräsidiums erhobene Cassationsbeschwerde wurde abgewiesen.

Motive: Es steht ausser Zweifel, dass die angefochtene Entscheidung sich in offenbarem Widerspruch mit § 158 al. 2 des Schuldbetreibungsgesetzes befindet und es fragt sich daher lediglich, ob diese Gesetzesstelle noch in Kraft stehe oder nicht vielmehr durch das Obligationenrecht aufgehoben sei. Art. 131 O.-R. spricht den Grundsatz der Compensationsfähigkeit aller Forderungen aus; Art. 132 stellt gewisse Ausnahmen auf, ohne indess des Falles zu erwähnen, dass die compensando zu tilgende Forderung eine gerichtlich festgestellte sei. Eine Gesetzesbestimmung, die die Compensation gegenüber gerichtlich festgestellten Forderungen einschränkt, ist somit in Widerspruch mit dem Bundesgesetz. Dass der cit. § 158 nicht in einem privatrechtlichen Gesetzbuch steht, sondern in einem Gesetz über die Vollstreckung von Obligationen, ändert daran nichts; denn gerade in der Vollstreckung äussert sich die Wirksamkeit privatrechtlicher Sätze und die Verweigerung der Anerkennung der letztern wäre materiell gleich der Nichtanerkennung der privatrechtlichen Grundsätze an sich.

Allerdings wird in der Mehrzahl der Fälle des § 158 al. 2 der Richter auch in Zukunft dazu kommen, zu entscheiden, wie wenn jene Gesetzesstelle noch zu Recht bestünde und zwar gestützt auf Art. 139 O.-R., da ein Verzicht auf die Einrede der Verrechnung doch meistens angenommen werden darf, wenn dieselbe im Civilprozesse nicht gestellt worden ist; allein es ist im einzelnen Fall die Anwendbarkeit von Art. 139 zu untersuchen und nicht einfach auf § 158 al. 2 des Schuldbetreibungsgesetzes abzustellen.

---

72. *Miethe. Einseitiger Rücktritt des Miethers vom Vertrage wegen Feuchtigkeit der Wohnung. Art. 122, 277 O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 26. März 1884, i. S. Wenger c. Gfeller.

Motive: 1. In thatsächlicher Beziehung ist als hergestellt zu betrachten, dass die von Gfeller an Wenger ver-

miethete Wohnung wenigstens in einzelnen Räumen bedeutend Feuchtigkeit zeigte. . . . .

2. Es frägt sich sonach bloss, ob Wenger mit Rücksicht auf die vorhandene Feuchtigkeit zum einseitigen Rücktritt vom Miethvertrage berechtigt war. Diess muss allerdings angenommen werden. Zwar kann er sich dabei nicht auf Art. 277 O.-R. berufen. Denn es greift derselbe blos zwei bestimmte Fälle heraus, nämlich in Alinea 1 denjenigen, wo die Uebergabe des Miethgegenstandes nicht in gutem Zustande erfolgt und im zweiten Alinea den Fall, wo während der Miethzeit die Sache in einen den vertragsmässigen Gebrauch ausschliessenden oder erheblich schmälernden Zustand geräth. Vorliegend stellt sich aber die Sache offenbar so, dass der erhebliche Mangel zwar schon bei der Uebergabe vorhanden war, aber vom Miether erst später wahrgenommen werden konnte. Denn dass er es diesfalls bei Antritt der Miethe an der nöthigen Prüfung fehlen liess, ist von der Vertheidigung nicht geltend gemacht worden. Für diesen Fall trifft weder das erste noch das zweite Alinea des Art. 277 zu, sondern es muss auf die allgemeinen Bestimmungen über die Folgen der Nichterfüllung eines zweiseitigen Vertrags, wie sie in den Art. 122—124 niedergelegt sind, abgestellt werden.

3. Nach Art. 276 ist der Vermiether verpflichtet, die Bestandsache in einem zu dem vertragsgemässen Gebrauche geeigneten Zustand zu übergeben und während der Miethzeit zu erhalten. Dieser letztern Verpflichtung ist aber jedenfalls Gfeller, wie sich aus dem sub 1 Gesagten ergibt, nicht nachgekommen, er befand sich also im Verzug. Nach Art. 122 war daher Wenger berechtigt, Gfeller zur nachträglichen Erfüllung eine Frist anzusetzen mit der Androhung, dass mit Ablauf derselben der Miethvertrag aufgelöst sei. Da Gfeller der Aufforderung nicht Folge leistete, so war dann Wenger auch zum Rücktritt vom Vertrage befugt.

4. Es verlangt Wenger aber noch Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags. Hiezu ist er aber nicht berechtigt. Denn nach dem hier massgebenden Art. 124, und übrigens auch nach Art. 277 O.-R. kann der vom Vertrag Zurücktretende Schadenersatz nur verlangen, wenn er ausser dem Verzuge ein Verschulden des andern Theils nachweist und dieser Nachweis kann in casu nicht als erbracht angesehen werden.

73. *Miethe. Retentionsrecht des Vermiethers. — Dasselbe bezieht sich nicht auf Handelswaaren, welche vorübergehend in der Miethswohnung aufbewahrt werden. Art. 294 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 18. März 1884 i. S. Stüssi c. Steinegger.

Der erstinstanzliche Richter hat das Gesuch des Miethers Stüssi um Aufhebung eines Retentionsbefehls mit Beziehung auf Handelswaaren, welche dieser in der gemietheten Wohnung magazinirt hatte, abgewiesen. Der hiegegen ergriffene Rekurs wurde jedoch für begründet erklärt.

Motive: Art. 294 O.-R. ertheilt dem Vermiether ein Retentionsrecht nicht an allen eingebrachten Sachen, sondern nur an denjenigen Gegenständen, welche zur Einrichtung oder Benutzung der gemietheten Räume dienen. Allerdings hat in einem andern Fall die Appellationskammer des Obergerichts entschieden, dass zur Einrichtung und Benutzung eines Kaufladens auch die darin befindliche Ladenwaare gehöre, weil ohne dieselbe das Lokal als nicht eingerichtet (dégarni) und unbenutzt erscheine. Anders verhält es sich mit einer Wohnung, zu deren Ausstattung und Benutzung nur Hausgeräthe gehören, während die in dieselbe eingebrachten und für den Hausirhandel bestimmten Waaren weder dem einen noch dem andern Zwecke dienen und zudem der Vermiether auf deren Vorhandensein beim Vertragsabschluss gar nicht gerechnet hat.

---

74. *Rapports entre maîtres et domestiques. Art. 346 C. O. Bien que les rapports entre maîtres et domestiques soient régis actuellement par le Code fédéral des obligations et non plus par les lois cantonales, les dispositions de ces lois peuvent cependant encore être prises en considération en ce qui concerne les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée du contrat de louage de services.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 20 mai 1884 dans la cause Jaquillard c. Rosat.

Pierre David Jaquillard a été engagé le 15 octobre 1883 par Elie Rosat, à Château-d'Oex, comme domestique, avec un salaire de 375 fr. par an. Le 7 mars 1884 Jaquillard a quitté son maître, auquel il a ensuite ouvert action pour obtenir paiement de 148 fr. 19 cent., pour salaire, sous déduction de 25 fr. reçus à compte.

Rosat a offert de payer ce qui pouvait revenir au demandeur, mais sous déduction d'une retenue de 3 mois de gage, soit de 93 fr. 75 cent.

Statuant sur la cause, le Juge de paix de Château-d'Oex a admis les conclusions du défendeur, celui-ci n'étant tenu que de payer la somme offerte par lui. Le juge a motivé ce prononcé sur les art. 41, 42 et 40 de la loi vaudoise du 13 mai 1825 sur la police des domestiques, lesquels disposent que le domestique qui quitte son maître sans motifs est tenu envers lui au paiement d'une indemnité équivalente à 3 mois de salaire.

Jaquillard ayant recouru, le Tribunal cantonal a maintenu le jugement, mais par d'autres considérants.

Motifs: Considérant qu'il résulte de l'instruction de la cause que Jaquillard n'a entrepris aucune preuve sur le fait allégué par lui et contesté par Rosat, consistant à dire qu'il avait été brutalement congédié par le défendeur.

Que cet allégué du demandeur n'a dès lors pas été établi au procès.

Mais attendu que le juge ne pouvait appliquer les dispositions de la loi de 1825 sur les domestiques, cette loi ayant été expressément abrogée par celle du 31 août 1882 coordonnant le Code civil et diverses lois civiles avec le Code fédéral des obligations.

Que c'est actuellement ce dernier code qui, à son Titre XI (art. 338 et suivants) règle tout ce qui a trait au louage de services.

Considérant qu'aux termes de l'art. 346 du dit code chacune des parties peut, s'il y a de justes motifs demander la résiliation du contrat avant le terme fixé et qu'il appartient au juge de régler comme il l'entend, d'après les circonstances et l'usage des lieux, les conséquences pécuniaires de la résiliation anticipée du contrat.

Considérant que l'on peut envisager comme usage dans le canton le mode qui était fixé par la loi vaudoise de 1825 et qui consistait en ce que le domestique qui quittait son maître, sans avoir les motifs spéciaux indiqués à l'art. 38 de la dite loi, devait indemniser le maître dans le sens que celui-ci pouvait lui retenir 3 mois de salaire.

Considérant que c'est cet usage que paraît avoir consacré le jugement dont est recours et que dans ces circonstances il n'y a pas lieu à admettre les conclusions prises par Jaquillard dans son exploit d'ouverture d'action.

---

75. *Bürgschaft. Ein Bürge, der sich allgemein verpflichtet hat, für die Hauptschuld bis zu deren Bezahlung zu*

*haften, wird dadurch nicht frei, dass der Gläubiger die Bezahlung auf einen vertraglich bestimmten Termin nicht verlangt, sondern Stundung gewährt hat. Art. 502 und 503 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts i. S. Weil c. Vogler vom 21. Mai 1884.

Motive: Vogler verbürgte sich zu Gunsten des Löffler für eine Forderung des Weil, welche rückzahlbar war auf Martini 1882, und zwar „bis nach gänzlicher Tilgung der Hauptschuld.“ Der Gläubiger ertheilte — ob mit oder ohne Vorwissen des Bürgen, steht nicht fest — Stundung bis Mai bezw. Martini 1884, während der Bürge seine Verpflichtung auf Lichtmess 1884 kündete. Der Letztere wurde, nachdem sich der Hauptschuldner unbekannt wohin entfernt hatte, betrieben, verweigerte jedoch gestützt auf die Kündung und darauf, dass der Gläubiger die in Art. 502 O.-R. vorgeschriebenen Massnahmen nicht ergriffen habe, die Zahlung. Es fragte sich demnach, ob die Berufung auf den Art. 502 hier zutreffe, und es ist diese Frage verneint worden.

Motive: Der Art. 502 O.-R. findet nur dann Anwendung, wenn die Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, von welchem Fall derjenige wohl unterschieden werden muss, wenn die Hauptschuld eine betagte, hinsichtlich der Dauer des Bürgschaftsverhältnisses aber keine Beschränkung vereinbart, sondern dieselbe ganz allgemein von dem Bestand der Hauptforderung abhängig gemacht worden ist, wie es hier geschehen. Dannzumal trifft eben Art. 503 zu, wonach die Bürgschaftsverpflichtung zum mindesten nicht vor der Hauptschuld erlischt.

---

76. *Hoirie envisagée comme société en nom collectif. Faillite. Art. 552 C.-O. et circulaire du Conseil fédéral du 29 mai 1883. — L'association existant entre des cohéritiers indivis qui continuent l'exploitation du commerce de leur auteur doit être envisagée comme une société en nom collectif. Il importe peu que l'inscription de cette société au registre du commerce soit régulière ou non.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 4 mars 1884 dans la cause Butticaz c. Butticaz.

Par ordonnance du 17 janvier 1884 le Tribunal du District de Lavaux a prononcé la faillite de la maison inscrite au registre du commerce sous la raison hoirs Henri Butticaz, ayant pour chef Louise Butticaz-Mégroz.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a décidé que cette ordonnance devait être complétée par l'indication no-

minative de veuve Butticaz et de ses sept enfants, membres de l'hoirie.

Motifs: Considérant qu'après le décès survenu en 1877 de Henri-Edouard Butticaz, marchand de vins, au Treytorrens, sa veuve Louise née Mégroz, agissant comme mère tutrice de ses enfants, a demandé et obtenu de la Justice de paix du cercle de St. Saphorin l'autorisation de continuer, au nom de ses enfants, le commerce de vins de leur père, sous le nom de hoirs d'Henri Butticaz.

Que, par acte du 31 mars 1883, Louise Butticaz-Mégroz a fait inscrire au registre du commerce du district de Lavaux qu'elle était chef de la maison hoirs Henri Butticaz, fondée au Treytorrens antérieurement au 1er janvier 1883.

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la maison hoirs Henri Butticaz constitue bien aujourd'hui une société en nom collectif telle qu'elle est prévue à l'art. 552 C. O.

Considérant que cette manière de voir est corroborée par la circulaire que le Conseil fédéral a adressée à tous les Gouvernements cantonaux, le 29 mai 1883, et qui dit entre autres, à son § 3, que si les héritiers d'un chef de maison entendent continuer ses affaires pour le compte de sa succession, ils doivent se faire inscrire tous dans le registre du commerce et modifier en conséquence la raison de cet établissement (C. O. 552).

Considérant que si l'inscription au registre du commerce de la maison hoirs Henri Butticaz peut être critiquée dans la forme où elle a été faite, elle ne saurait avoir pour effet de changer la nature de la société en nom collectif qui existe aujourd'hui en vertu des dispositions du C. O. et de la circulaire fédérale susrappelée.

Qu'il y a lieu, dès lors, à maintenir une faillite unique, mais que l'ordonnance de discussion du Tribunal de Lavaux doit toutefois être complétée par l'indication du chef de la maison, veuve Butticaz-Mégroz, et de tous les membres de l'hoirie Butticaz.

Considérant, quant à la conclusion du pourvoi relative à la question de séparation de l'actif social de la société d'avec la fortune personnelle des associés, que cette question ne saurait être tranchée aujourd'hui, attendu qu'elle n'est pas instruite et qu'elle pourrait donner lieu à un litige sur lequel le Tribunal cantonal aurait à statuer lors du recours, le cas échéant.

77. *Le chèque, émis en faveur d'une personne déterminée et ne contenant pas la clause à ordre, ne peut être transmis par endossement. Art. 832 C. O.*

**Berne.** Arrêt de la Cour d'appel et de cassation du 6 décembre 1883 dans la cause Monnoyeur c. Guerne.

Motifs: Considérant que le code fédéral des obligations est inapplicable; qu'au surplus les dispositions du dit code sur les chèques (art. 832, v. Hafner ad 832 et 836) et sur les mandats et assignations (art. 838, 839, cf. art. 843, 844), en supposant qu'elles pussent être invoquées par analogie, excluraient au cas particulier l'admissibilité de l'endossement. (Voir, en sens contraire Schneider, éd. fr., pag. 638.)

---

78. *Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875. Transportreglement vom 9. Juni 1876. Aussergewöhnlicher Güterandrang in Folge Unterbrechung einer Concurrenzbahn durch Ueberschwemmungen begründet nicht die Einrede der höheren Gewalt. Art. 1 Ziff. 2 und Art. 23. — Das Begehren um Erlass der halben bezw. ganzen Fracht wegen Versäumung der Lieferfrist setzt den besonderen Nachweis des eingetretenen Schadens nicht voraus. Art. 23; Reglement § 126 Ziff. 1 und 2. — Die Reclamation braucht nicht nothwendig bei Abnahme des Frachtgutes, sondern kann in genügender Weise schon vorher seitens des Absenders, auf dessen Rechnung und Gefahr die Waaren reisen, erfolgen. Art. 45. — Die Wahrung der Lieferfrist mit Avisirung der Ankunft ist durch die Möglichkeit der sofortigen Empfangnahme bedingt. Reglement § 99 Abs. 4. — Die vom Bundesrathe gemäss § 98 bezw. 100 des Transportreglements gewährte Verlängerung der Lieferfrist findet keine Anwendung auf bereits abgegangene Sendungen.*

**Basel.** Urtheil des Civilgerichts vom 22. Februar 1884 i. S. Carl de Joh. Preiswerk c. Directorium der Schweiz. Centralbahn, Beklagte, und Direction der Gotthardbahn, Streitberufene.

Kläger übergab der Centralbahn am 30. September, 7., 16. und 23. October und 16. November 1882 zur Beförderung nach Chiasso, transit für Italien, fünf Sendungen. Aufgabe und Transport dieser Sendungen fiel gerade in die Zeit, da die Brennerbahn durch Ueberschwemmungen theilweise zerstört den Betrieb einstellen musste. Dies bewirkte einen aussergewöhnlichen Zudrang von Waaren auf die Gotthardbahn und eine Verzögerung des Transports, welche noch dadurch gesteigert wurde, dass die in Chiasso angehäuften Waaren von den italienischen Zollbeamten nicht beförderlich genug abgefertigt wurden und so der dortige Bahnhof nicht

rasch genug für weitere Sendungen frei wurde. Die Gotthardbahn erwirkte daher sub 24. October von der Bundesbehörde eine Verlängerung der reglementarischen Lieferfrist für Gütersendungen um 4 Tage. Auch die vom Kläger aufgegebenen Colis wurden von dieser Verzögerung betroffen.

Unter Berufung darauf, dass die regelmässige Lieferfrist laut Tarif 5 Tage betrage, rechnete Kläger auf den vier ersten Sendungen, indem er bis zum Tage der Ablieferung an den Adressaten zählte, die Versäumung der doppelten Lieferfrist aus, welche ihn laut Art. 23 des Bundesgesetzes über den Transport auf Eisenbahnen berechtige, als Schadenersatz den Erlass der ganzen Fracht zu verlangen. Für die fünfte Sendung (Ankunft in Chiasso 12. October, Ablieferung an den Adressaten 17. October) sei in Folge der am 24. Oktober bewilligten Zuschlagsfrist blos einfache Versäumniss anzunehmen, welche zu einem Schadenersatz im Betrage der Hälfte der Fracht berechtige. Die gestützt hierauf eingeklagte Summe belief sich auf Fr. 1447. 20. Die Klage wurde g u t g e h e i s s e n.

M o t i v e: Es fragt sich zunächst, ob sich Beklagte auf höhere Gewalt berufen könne. Dies ist nicht der Fall. Das Naturereigniss, auf das sie sich beruft, die Ueberschwemmung und die Zerstörung aller Communicationen, hat nicht sie betroffen und ihr gar keinen Schaden zugefügt, im Gegentheil ihr durch den Waarenandrang auf ihr Netz einen Vortheil zugewendet. Dieser Waarenandrang und die daraus entstehende Waarenanhäufung, welche die Ursache der Verspätung waren, sind um so weniger als Fälle höherer Gewalt zu betrachten, weil in dem Begriffe höherer Gewalt eben ausgedrückt ist, dass der davon Betroffene ihr gegenüber macht- und hilflos ist; das war aber Beklagte weder gegenüber der Waarenanhäufung noch gegenüber den ungenügenden Leistungen der italienischen Zollbeamten, sondern es stand ihr das Mittel zu Gebote, nach Art. 1 Ziff. 2 des Transportgesetzes die weitere Annahme von Waaren zur Beförderung abzulehnen oder Erstreckung der Lieferfristen zu begehren und dadurch ihre Verantwortlichkeit für Verspätungen zu vermeiden. Rechtzeitige Anwendung dieser Massregel hätte sie gegen die Absender von Waaren sicher gestellt und diese zugleich in Stand gesetzt, ihrerseits sich nach diesen Verumständungen einzurichten, sei es durch Beschleunigung der Aufgabe der Waaren oder Vorbehalte gegen ihre Vormänner u. s. w. Indem die Beklagte dieses Erstreckungsbegehren bis zum 24. Oktober unterliess, hat sie

ein Versäumniss begangen, welches sie für die Folgen der Verspätungen haftbar erscheinen lässt.

Auch die Einwendung, dass die Reclamationen nicht gehörig erfolgt seien, weil sie nicht bei Empfang der Waare erhoben wurden, ist nicht stichhaltig. Es ist nicht richtig, dass das Gesetz ausdrücklich Reclamation bei Abnahme des Guts oder sofort nachher verlange, vorherige Reclamationen also blos unverbindliche Mahnungen, nicht verpflichtende Vorbehalte einer später erst zu erhebenden effectiven Reclamation seien. Es ist gar kein Grund abzusehen, warum das Gesetz diese Beschränkung sollte aufgestellt haben, und warum ein bei erstem Bekanntwerden der Verspätung gemachter Vorbehalt nicht eben so gut sein sollte, als der bei Empfang der Waare gemachte. Das Bundesgesetz über Transport auf Eisenbahnen, Art. 45, sagt einfach, wenn der Empfänger die Frachtstücke ohne ausdrücklichen Vorbehalt in Besitz genommen habe, so seien die Reclamationen erloschen; darin liegt aber nur, dass der Vorbehalt nicht nachher darf erhoben werden. Der Absender war auch in unserm Falle durchaus zur Erhebung der Reclamationen berechtigt, weil die Waaren auf seine Rechnung und Gefahr reisten.

Die dritte Einwendung, dass kein Schaden nachgewiesen sei, erledigt sich dadurch, dass das Gesetz in Art. 23 und namentlich das Transportreglement § 126 Ziff. 2 und 3, den Erlass der halben oder ganzen Fracht als von selbst eintretende Folge einer Verspätung dem besonders nachzuweisenden Ersatz des wirklichen Schadens entgegenstellen. Die Meinung ist klarer Weise die, dass jede Verspätung die Präsumtion eines Schadens mit sich bringt und der davon Betroffene entweder diesen Schaden nachzuweisen und dann den vollen Ersatz dafür zu verlangen unternehmen mag, oder ohne weiteren Beweis den Ersatz der Fracht verlangen kann, als womit der Schaden nach gesetzlicher Präsumtion gedeckt erscheint.

Dem für Unterstützung des eventuellen Begehrens der Beklagten angeführten Grund, dass der Tag der Ankunft am Bestimmungsorte und nicht der Tag der Ablieferung der Waare für Berechnung der Lieferfrist massgebend sei, steht entgegen, dass die Waare erst geliefert ist, wenn der Empfänger in die Möglichkeit gesetzt ist, sie zu beziehen. Da nun in der Regel mit Avisirung des Empfängers von der Ankunft auch diese Möglichkeit besteht, so konnte Art. 99 des Transportreglements sich so ausdrücken, dass mit diesem Momente die Lieferfrist gewahrt sei, aber eben unter der

selbstverständlichen Voraussetzung, dass der Empfänger nun auch wirklich sofort die Waare in Empfang nehmen könne. Diese Voraussetzung war aber bei den heute streitigen Sendungen nicht vorhanden.

Ebensowenig ist es statthaft, der bundesräthlichen Erstreckung der Lieferfrist rückwirkende Kraft auf diejenigen Sendungen zu geben, welche schon vor derselben abgegangen waren. Denn mit Aufgabe der Waare war der Frachtvertrag geschlossen und hatte der Absender den Anspruch auf Beförderung nach dazumal geltendem Rechte und in der dazumal bestehenden Frist erworben.

---

79. *Loi fédérale sur les transports par chemins de fer. Art. 32. Réglement de transport Art. 124. Expédition en wagon plombé; chargement par l'expéditeur et déchargement par le destinataire; responsabilité de la Compagnie.*

**Genève. Jugement du tribunal de commerce du 20. mars 1884 dans la cause Cottier & Matthey & Cie Paris-Lyon-Méditerranée.**

Les demandeurs réclament le paiement de: *a)* 76 fr., pour valeur d'un sac de sucre manquant à une expédition; *b)* 50 fr. à titre de dommages-intérêts, tandis que la Cie défenderesse conclut à son renvoi d'instance, avec dépens.

En fait, en juillet dernier, la Cie P.-L.-M. a reçu de la société de la Raffinerie parisienne, en gare de Bercy, une expédition de sucre. Cette expédition, sur la demande de la société qui la faisait, a eu lieu en wagon complet et selon les conditions du tarif spécial N° 9.

Attendu que, cela étant admis, les choses ont dû, au départ, se passer comme suit: la marchandise a été amenée à la gare, chargée par l'expéditeur sur le wagon à lui remis par le chemin de fer, lequel a été, toujours par les soins du même expéditeur, revêtu d'une bâche;

Attendu que, ces travaux faits, comme il s'agissait d'une expédition en transit international, les formalités ont été accomplies par l'expéditeur auprès de la douane, qui a plombé le wagon;

Attendu que ce n'est qu'alors que le chemin de fer l'a reçu; qu'ainsi il n'est intervenu ni dans les opérations, ni dans les vérifications internes du chargement;

Attendu que ce wagon est parti de Bercy le 27 juillet et a été passé à la Cie des Dombes, qui l'a transporté jusqu'à Bellegarde; qu'à cet endroit il a été remis de nouveau à la Cie P.-L.-M., après que la douane eut reconnu le plombage intact;

Attendu qu'à l'arrivée, ce plombage était toujours tel; que le wagon a été mis à la disposition des destinataires et que ce n'est qu'après son ouverture par le mandataire de Cottier & Matthey, qu'on reconnut qu'il n'y avait que 49 sacs, au lieu de 50;

Attendu, en droit, que ce transport a été, comme sus est dit, fait sous tarif spécial N° 9; qu'aux termes de ce tarif, le chargement est fait par l'expéditeur et le déchargement par le destinataire, à leurs frais et risques; que les wagons doivent être bâchés et plombés à la gare de départ, pour être remis en cet état, à la gare d'arrivée, entre les mains du destinataire;

Attendu qu'en cas d'application de ce tarif, la Cie P.-L.-M. n'a d'autre responsabilité que celle de remettre aux mains du destinataire le ou les wagons, munis des bâches et plombs apposés au départ par les soins de l'expéditeur;

Attendu que c'est précisément ce qu'elle a fait; que l'action qui lui est intentée aujourd'hui n'est donc pas fondée;

Vu, au surplus, les art. 32 loi fédér. de 1875 et 124 du règlement de transport fédéral;

Attendu, en particulier, que lorsque le chargement et le déchargement sont faits par l'expéditeur ou ces ayants droit, si ce dernier veut que le chemin réponde du nombre des objets, il doit en adresser la demande par écrit à la gare expéditrice, qui fait procéder au dénombrement de la marchandise, moyennant une taxe supplémentaire;

Attendu que les demandeurs ne justifient pas que cette demande ait été faite à la Cie P.-L.-M. ni que cette taxe supplémentaire lui ait été payée;

Attendu, dès lors, que la défenderesse, qui a reçu un wagon bâché et plombé, n'avait qu'à rendre à Genève ce wagon dans le même état et que de tout ce qui précède il résulte que les demandeurs, mal fondés dans leurs conclusions, doivent en être déboutés avec dépens....

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

80. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten. Competenz des Bundesgerichtes in Streitsachen, welche bloss theilweise nach eidg. Rechte zu entscheiden sind.*

Ist in einer Streitsache bloss theilweise, d. h. bloss über einzelne der Endentscheidung präjudizielle Rechtsfragen oder einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel nach eidgenössischem Rechte zu erkennen, so ist das B.-Ger. bloss zur Erledigung dieser Punkte kompetent, während im Uebrigen, insoweit die Anwendung des kantonalen Rechtes in Frage steht, die Entscheidung der kantonalen Gerichte aufrecht erhalten oder vorbehalten bleiben muss.[1]) (Entsch. v. 20. Juni 1884 i. S. Isenschmidt c. Hurni; a. S. d. b.-g. E. X, 246 f.)

---

81. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten. Begriff des Haupturtheils. Inwiefern sind Erkenntnisse in Konkursstreitigkeiten an das Bundesgericht weiterziehbar?*

Als Haupturtheil im Sinne des Art. 29 B.-Ges. über die Organisation der B.-Rechtspflege stellen sich auch die in Auffallsstreitigkeiten erlassenen Entscheide dar, durch welche die rechtliche Stellung eines Ansprechers im Konkurse endgültig geregelt, d. h. Bestand oder Nichtbestand einer geltend gemachten Ansprache der Konkursmasse gegenüber rechtskräftig festgestellt wird. Dass eine solche Entscheidung nur für den Konkurs, d. h. für die Vertheilung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Kridars und

---

[1]) Vgl. Ztschrft. f. schweiz. Recht N. F., Bd. III, S. 178 ff. — Siehe auch unten N° 84.

nicht auch gegenüber letzterem persönlich Rechtskraft erlangt und dass es nach der kantonalgesetzlichen (in concreto der zürcherischen) Terminologie als „Beschluss" (nicht als Urtheil) bezeichnet wird, ist unerheblich. Entscheidend für die Zulässigkeit der Anrufung des B.-Ger. ist, dass gegenüber einem solchen Erkenntniss dem unterliegenden Theile die Geltendmachung seiner Rechte an die Konkursmasse im ordentlichen Verfahren nicht offen steht, sondern einer Klage in diesem Verfahren die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegensteht.[1]) (Entsch. v. 13. Juni 1884 i. S. Auer c. Schwarz; a. S. d. b.-g. E. X. 274.)

---

82. *Prorogation auf das Bundesgericht. Unzulässigkeit in solchen Streitigkeiten, in welchen das B.-G. gesetzlich als Oberinstanz zu entscheiden hat.*

Art. 31 Abs. 2 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege bezieht sich nicht auf diejenigen Fälle, wo das B.-Ger. von Gesetzeswegen als Oberinstanz zur Entscheidung berufen ist. Streitsachen, welche nach dem eidg. Obligationenrechte zu beurtheilen sind, können daher nicht direct beim B.-Ger. anhängig gemacht, sondern nur nach Massgabe des Art. 29 leg. cit. an dasselbe gebracht werden. (Entsch. v. 29. Juni 1884 i. S. A. Steiner's Söhne c. Huwyler; a. S. d. b.-g. E. X 244 f.)

---

83. *Zu Art. 170 der eidg. Civilprozessordnung vom 22. November 1850. Schluss des Vorverfahrens in Expropriationsstreitigkeiten.*

In Expropriationsstreitigkeiten gilt als Verfügung, durch welche der Schluss des Vorverfahrens im Sinne der oben citirten Gesetzesbestimmung erklärt wird, die (dem Gesetze zwar unbekannte, aber durch die Gerichtspraxis eingeführte) schriftliche Mittheilung der Anträge, welche Instructionsrichter beim B.-G. zu stellen gedenkt, an die Parteien.[2]) (Entsch. v. 5. Juli 1884 i. S. Stünzi c. Nordostbahn.)

---

[1]) Vgl. Ztschrft. f. schweiz. Recht N. F. Bd. III, S. 166 ff. u. S. 487.
[2]) Vgl. Ullmer, staatsrechtl. Praxis der schweiz. Bundesbehörden Bd. I, S. 407 N° 462.

84. *Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit im Sinne des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1881. Beschwerde beim Bundesgericht wegen unrichtiger Auffassung derselben in Civilstreitigkeiten; zulässiges Rechtsmittel.*

Der Begriff der Handlungsfähigkeit ist, wenn auch das Bundesgesetz denselben nicht näher definirt, ein Begriff des eidgenössischen Rechtes. (Art. 1 des B.-Ges. vom 22. Juni 1881.) Soweit es sich daher in einer Streitsache um die Frage handelt, ob ein kantonales Urtheil Bedeutung und Tragweite des Begriffs der persönlichen Handlungsfähigkeit im Sinne jenes B.-Ges. verkannt habe, ist — beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen der Weiterziehung[1]) — das B.-Ger. gemäss Art. 29 des B.-Ges. über d. Organis. d. B.-Rechtspflege zu Erledigung dieses Punktes competent.[2]) Art. 5 des B.-Ges. über die Handlungsfähigkeit, welcher die Feststellung der Entmündigungsgründe, innerhalb der bundesgesetzl. Schranken, der kantonalen Gesetzgebung vorbehält, steht dem nicht entgegen; denn derselbe bezieht sich nur auf die Entmündigung,[3]) keineswegs dagegen auf die Feststellung und Entwickelung des Begriffs der Handlungsfähigkeit.

Das B.-Ges. vom 22. Juni 1881 normirt aber nur die persönliche Handlungsfähigkeit im strengen Sinne des Wortes, d. h. die durch persönliche individuelle Momente bedingte privatrechtliche Selbständigkeit der Person. Dagegen bezieht sich dasselbe nicht auf Beschränkungen der Dispositionsbefugniss, welche eine Person nicht aus allgemeinen persönlichen Gründen, sondern in Folge besonderer Rechtsverhältnisse, in welcher sie steht, treffen.[4]) (Entsch. v. 20. Juni 1884 i. S. Isenschmidt c. Hurni; a. S. d. b.-g. E. X 246 ff.)

---

85. *Zeitliche Anwendung des eidg. O.-R. Welches Recht ist für die Erfüllung früher entstandener Obligationen massgebend? Begriff des Werthpapiers. Amortisirbarkeit von Schuldurkunden,*

---

[1]) Vgl. Ztschrft. f. schweiz. Recht N. F. Bd. III S. 166 ff., 174 f.
[2]) Siehe oben N° 80.
[3]) Siehe oben S. 4, N° 3 u. 4.
[4]) Hievon ausgehend hat das B.-G. die Beschränkung der Verfügungsbefugniss einer Wittwe mit Kindern, wie sie durch Art. 6 Al. 1 und 2 des bernischen Gesetzes vom 27. Mai 1847 statuirt wird, nicht als eine Beschränkung der persönl. Handlungsfähigkeit im Sinne des cit. B.-Ges. und daher durch letzteres als nicht aufgehoben erklärt.

*welchen nach dem zur Zeit ihrer Ausstellung geltenden Rechte, dagegen nicht nach dem eidg. O.-R., die Eigenschaft von Werthpapieren zukommt. Art. 882 u. 105 O.-R.*

Soweit die Erfüllung durch den Inhalt der Obligation bestimmt wird, ist dieselbe nach dem zur Zeit der Entstehung der Obligation geltenden Rechte zu beurtheilen.[1] Soweit diess nicht der Fall ist, gilt das neue Recht auch für den Untergang der Forderungen durch Erfüllung (Art. 882 Abs. 3 O.-R.).[2] Die Wirkung einer unter der Herrschaft des neuen Rechtes erfolgten Zahlung auf eine früher entstandene Forderung ist daher nach dem neuen Rechte zu beurtheilen und ebenso bestimmt sich die Verpflichtung des Gläubigers, bei der Zahlungsleistung Quittung zu ertheilen, den Schuldschein zu entkräften u. s. w. auch für früher entstandene Forderungen nach dem neuen Rechte.

Dagegen ist die rechtliche Natur einer unter dem alten Rechte entstandenen Forderung fortwährend nach diesem Rechte zu beurtheilen; insbesondere ist nach diesem Rechte zu entscheiden, ob eine verbriefte Forderung sich als eine gewöhnliche Schuldscheinforderung qualifizire, oder ob dieselbe eine Werthpapierforderung im juristischen Sinne des Wortes sei.

Art. 105 Abs. 1 des eidg. O.-R. bezieht sich nicht auf Werthpapiere, sondern nur auf gewöhnliche Schuldscheinforderungen, indem nur bei diesen der Schuldner durch Quittung und einen vom Gläubiger ausgestellten Mortifikationsschein vor der Gefahr, doppelt bezahlen zu müssen, gesichert wird.

Bei Werthpapieren dagegen, bei welchen die Forderung an das Papier geknüpft ist und dieselbe daher durch blosse Uebertragung des Papiers oder durch Uebergabe des Papiers und Indossement auf einen neuen Erwerber übertragen werden kann, ohne dass es zur Wirksamkeit der Uebertragung gegenüber dem Schuldner einer Benachrichtigung bedürfte, ist diess nicht der Fall und daher der Schuldner nur gegen Rückgabe der Urkunde oder gegen ein dieselbe vertretendes, auch gegen Dritte wirksames gerichtliches Amortisationsdecret zur Erfüllung verpflichtet. Art. 105 Abs. 2 leg. cit.

---

[1] Vgl. Pfaff u. Hofmann, Kommentar z. a. o. bürg. Ges.-B. Bd. I S. 164 bei Note 34.

[2] Das eidg. O.-R. führt aber — wohl richtig — die Erfüllung nicht als Erlöschungsgrund, sondern als Wirkung der Obligationen auf.

Papiere, welchen nach dem eidg. O.-R. die Eigenschaft von Werthpapieren zukommt, sind die indossabeln und die Inhaber-Papiere, Art. 720—858 O.-R.

Depositenscheine,[1]) welche weder die Ordreklausel tragen, noch den Aussteller zur Zahlung an den jeweiligen Inhaber, Präsentanten, verpflichten, gehören daher nicht zu den vom eidg. O.-R. als Werthpapiere behandelten Urkunden, da sie weder indossable noch Inhaberpapiere sind. Insbesondere haben dieselben als Geldpapiere mit den in Art. 844 leg. cit. aufgeführten Waarenpapieren (Lagerscheine, Warrants, Ladescheine) nichts gemein.

Wenn aber solche Scheine oder andere Urkunden, welchen zwar nach dem eidg. O.-R. die Eigenschaft von Werthpapieren nicht zukommt, unter der Herrschaft des frühern (kantonalen) Rechtes ausgestellt worden sind und nach diesem, zur Zeit ihrer Ausstellung geltenden Rechte, als Werthpapiere sich qualifiziren, so müssen dieselben — da ihre rechtliche Natur nach diesem Rechte bestimmt wird und durch das inzwischen in Kraft getretene O.-R. nicht hat geändert werden können — auch jetzt noch als solche anerkannt werden und findet daher für deren Bezahlung und Amortisation Art. 105 Abs. 1 O.-R. keine Anwendung, sondern kann der Aussteller nur gegen Rückgabe des Scheins oder gerichtliche Amortisation derselben zur Erfüllung angehalten werden.

Da das eidg. O.-R. über die Amortisation solcher Urkunden (wohl weil es denselben für die Zukunft die Natur von Werthpapieren nicht mehr beigelegt wissen will) keine direct anwendbaren Bestimmungen enthält und die bezüglichen Bestimmungen des kant. Rechtes ausser Kraft getreten

---

[1]) Es handelte sich in concreto um den oben S. 60 N° 47 aufgeführten Depositenschein. Nach Erlass des dort abgedruckten Entscheides hätte Hauert die Kantonalbank auf Zahlung der Summe von Fr. 10,000 belangt, indem er sich bereit erklärte, den in Art. 105 Abs. 1 O.-R. vorgesehenen Mortificationsschein auszustellen. Die Kantonalbank widersetzte sich der Klage, unter der Behauptung, dass sie nur gegen Rückgabe des Scheines oder gerichtl. Amortisation desselben zur Zahlung verpflichtet sei, und siegte vor zürch. Handelsgericht ob, indem dieses Gericht annahm, dass nach dem zur Zeit der Ausstellung des Scheines geltenden zürch. Rechte der Schein sich als Werthpapier darstelle. An diesen Entscheid war das B.-G. gemäss Art. 29 B.-Ges. über Organis. d. B.-Rechtspflege gebunden. Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. III, S. 192 ff. — und oben N° 80.

sind, so ist diese Lücke des eidg. Gesetzes im Wege der Analogie nach Sinn und Geist des Gesetzes zu ergänzen.[1]) (Entsch. v. 21. Juni 1884 i. S. Hauert c. Zürcher Kantonalbank; a. S. d. b.-g. E. X 276 ff.)

---

86. *Was ist zum Nachweise des Kausalzusammenhanges bei der Klage auf Schadensersatz aus einer unerlaubten Handlung (Art. 50 ff. O.-R.) erforderlich? Begriff des Kausalzusammenhanges im Rechtssinne.*

Die Familie S. in E. hatte gegen ihren frühern Kurarzt J. eine Klage auf Schadenersatz erhoben, weil letzterer bei Gründung einer Konkurrenzanstalt die unwahre Behauptung aufgestellt und verbreitet habe, eine Dr. Wiel'sche diätetische Anstalt bestehe in E. nicht mehr. Kläger machten geltend, dass dadurch eine Minderfrequenz ihrer Anstalt bewirkt worden sei, welche eine Mindereinnahme von ca. 17000 Fr. zur Folge gehabt und sie zu ausserordentlichen Publikationen, die sie ca. 8000 Fr. gekostet, gezwungen habe. Entgegen der ersten Instanz, welche die Klage theilweise (im Betrage von Fr. 5000) gutgeheissen hatte, wies die zweite kantonale Instanz dieselbe ab, indem sie ihr Urtheil im Wesentlichen folgendermassen begründete: „Ein Schadensersatzanspruch der Kläger sei nur begründet, wenn sie den Nachweis leisten, dass für sie durch die Verbreitung der fraglichen unwahren Behauptung ein Schaden, d. h. eine Vermögensverminderung entstanden sei. Dieser Nachweis sei nicht erbracht. Zwar könne die Thatsache eines Schadens nicht bezweifelt werden; denn den Klägern sei durch verminderte Frequenz ihrer Anstalt im Jahre 1883 offenbar eine Vermögenseinbusse erwachsen und seien dieselben hiedurch auch zu ausserordentlichen Auslagen für Inserate bewogen worden; allein es fehle der Beweis, dass dieser Schaden die Folge des widerrechtlichen Handelns des Beklagten sei. Kläger haben einen directen Beweis dafür, dass Personen, welche beabsichtigten, ihre Kuranstalt zu besuchen, durch die unwahren Angaben des Beklagten hievon abgehalten worden seien, nicht einmal versucht. Die Minderfrequenz der Anstalt im Jahre 1883 erlaube keinen sichern Schluss hierauf, sondern lasse sich auch

---

[1]) Als analog anwendbar wurden in casu die Bestimmungen des O.-R. über die Amortisation indossabler Papiere (Art. 844 Abs. 1, Art. 793 ff.) erklärt, da der Depositenschein nach seiner juristischen und ökonomischen Natur offenbar die grösste Aehnlichkeit mit den indossabeln Verpflichtungsscheinen des Art. 843 habe.

durch andere Ursachen genügend erklären; nämlich durch die Gründung einer Konkurrenzanstalt in günstigerer Lage und die Uebersiedelung des Beklagten, welcher sich als Arzt eine gewisse Celebrität erworben zu haben scheine, — Umstände, welche ausserordentlich geeignet gewesen seien, einen grossen Theil der bisherigen Klientel der Kläger von ihrer Anstalt abzuwenden. Es mangle also am Nachweise des Kausalzusammenhanges zwischen dem widerrechtlichen Handeln des Beklagten und dem Schaden der Kläger." Das Bundesgericht stellte das erstinstanzliche Urtheil wieder her; den Motiven entnehmen wir folgendes: „Die Entscheidung der zweiten kantonalen Instanz, dass zwischen der widerrechtlichen Handlung des Beklagten und der Frequenzverminderung der klägerischen Anstalt ein kausaler Zusammenhang nicht bestehe, ist rechtsirrthümlich. Die Frage, ob zwischen zwei Thatsachen ein ursächlicher Zusammenhang wirklich bestehe, ist zwar an sich unstreitig eine Thatfrage. Allein es kommen bei deren Beantwortung Normen des materiellen Privatrechtes insofern zur Anwendung, als es sich um die principielle Auffassung des Begriffes des Kausalzusammenhanges im Rechtssinne und die daraus fliessenden Regeln über Vertheilung der Beweislast handelt. Als Rechtsregel ist insbesondere festzuhalten, dass zur Begründung der Schadenersatzpflicht aus einer unerlaubten Handlung der Nachweis eines wirklichen ursächlichen Zusammenhangs zwischen Rechtsverletzung und Schaden genügt, während nicht erforderlich ist, dass dieser Zusammenhang ein nothwendiger sei, so dass der Schaden unter allen Umständen hätte eintreten müssen. Es darf demnach vom Kläger auch nicht der Beweis der Negative verlangt werden, dass der Schaden ohne die Rechtsverletzung gar nicht habe eintreten resp. dass er nicht möglicher Weise auch durch andere, von der Rechtsverletzung unabhängige selbständige Ursachen habe erzeugt werden können; vielmehr ist es Sache des Beklagten, welcher sich auf eine derartige Unterbrechung des Kausalnexus zwischen Rechtsverletzung und Schaden durch eine dazwischen tretende selbständige Ursache beruft, dieselbe zu behaupten und nachzuweisen. Nun ist in casu festgestellt, dass einerseits der Beklagte sich eine rechtswidrige auf Schädigung der Kläger durch Entziehung der Kundschaft abzielende und zur Herbeiführung dieses Erfolges völlig geeignete Handlung hat zu Schulden kommen lassen und dass anderseits eine Verminderung der Frequenz des klägerischen Kuretablissements und damit eine Vermögenseinbusse für die Kläger wirklich eingetreten ist.

Wenn der Vorderrichter nichtsdestoweniger den Bestand eines Kausalnexus verneint, so gelangt er dazu durch die Erwägung, dass der Schaden möglicher Weise auch ohne das rechtswidrige Handeln des Beklagten durch andere in der gleichen Richtung wirkende Ursachen habe herbeigeführt werden können. Diese Erwägung erscheint als eine rechtsirrthümliche. Es wird dadurch dem Kläger ein in der Regel gänzlich unmöglicher Beweis zugemuthet; denn es ist klar, dass in Fällen der unredlichen Konkurrenz der Nachweis, dass eine Verminderung der Kundschaft des klägerischen Geschäfts eine Folge der unredlichen Konkurrenzmittel sein müsse und nicht auch durch andere Umstände verursacht sein könne, kaum je zu erbringen ist. Einen solchen Nachweis fordern, hiesse für die Mehrzahl der Fälle dem Verletzten den Rechtsschutz, den das Gesetz ihm gewähren will, entziehen; er darf denn auch nicht verlangt werden. Vielmehr muss es zum Nachweise des Kausalzusammenhangs in derartigen Fällen genügen, wenn dargethan ist, dass der Beklagte eine auf Schädigung des Klägers abzielende und dazu geeignete rechtswidrige Handlung begangen hat und dass ein Schaden in der beabsichtigten Richtung wirklich eingetreten ist. Sache des Beklagten ist es darzuthun, dass sein rechtswidriges Handeln in Folge des Dazwischentretens anderer Ursachen wirkungslos geblieben, und dass also der Kausalnexus zwischen Verletzung und Schaden unterbrochen resp. letzterer durch andere, von seinem Thun unabhängige Ursachen herbeigeführt sei. Von diesem Standpunkt aus muss das zweitinstanzliche Urtheil abgeändert und der Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Schaden im vorliegenden Falle als hergestellt betrachtet werden.“[1]) (Entsch. v. 4. Juli 1884 i. S. Suter c. Ineichen.)

[1]) Es muss an diesem Orte dahingestellt bleiben, inwiefern die b.-g. Begründung theoretisch richtig ist; sicher scheint mir zu sein, dass dieselbe auf den concreten Fall nicht passt, sondern in casu die Feststellung der zweiten kantonalen Instanz, dass der Kausalzusammenhang zwischen der widerrechtlichen Handlung des Beklagten und der Minderfrequenz der klägerischen Anstalt mangle, eine rein thatsächliche war, an welcher daher das B.-Gericht nichts ändern konnte, jedenfalls eine Verletzung von Normen des materiellen Privatrechts nicht vorlag. Vgl. Entsch. d. deutschen Reichsgerichts Bd. X. S. 64 ff. u. S. 141 ff. — Es ist gewiss sehr zu begrüssen, wenn das Bundesgericht sich möglichst bestrebt, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen; aber es darf dies nicht in der Weise geschehen, dass reine Thatfragen zu Rechtsfragen, bezw. Beweisfragen zu Fragen des materiellen Rechts gestempelt werden. Im vorliegenden Falle konnte die Klage ohnehin gestützt auf Art. 55 O.-R. gutgeheissen werden, wofür sich auch mehrere Mitglieder des B.-Gerichtes ausgesprochen hatten. Dass diese Gesetzesbestimmung auf den concreten Fall vollkommen zutraf, kann m. E. begründetem Zweifel nicht unterliegen und erscheint es mir daher unrichtig, dass das Urtheil nicht auf dieselbe abstellt. Sch.

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

87. *Unsittliche Leistung? Forderungen aus gewerbsmässiger Ehevermittlung sind nicht als unsittliche im Sinne des Art. 17 O.-R. zu betrachten.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 3. Juni 1884.

P. stellte im Mai 1882 dem H., welcher ein Heirathsvermittlungsbureau betreibt, folgenden Schuldschein aus: „Unterzeichneter verpflichtet sich hiemit im Falle er sich verehelicht hat, dem Hrn. J. H. in W. die Summe von 500 Fr. an baar zu bezahlen." P. verehelichte sich im Mai 1883 und wurde in Folge dessen von H. auf Grund des vorstehenden Schuldscheines betrieben. Das Rechtsöffnungsgesuch des H. wurde vom Audienzrichter des Bezirksgerichts am 7. April 1884 u. A. aus folgendem Grunde abgewiesen: „Die Ansprache ist auch auf Grund des Art. 17 O.-R. zu verwerfen. Das Gewerbe der Ehevermittlungen birgt so viel Unmoralisches, dass es keinen Rechtsschutz verdient."

Die Rekurskammer wies die Beschwerde des Ansprechers ab, verwarf aber die auf Art. 17 O.-R. gestützte Einrede des Betriebenen.

Motive: In der Sache selber wird der Forderung des Rekurrenten entgegengehalten, dass dieselbe als auf eine unsittliche Leistung sich beziehend gemäss Art. 17 O.-R. keinen rechtlichen Schutz verdiene. Dieser Anschauung ist indess nicht beizutreten, denn wenn auch zugegeben werden muss, dass die gewerbsmässige Ehevermittlung mit ihren rein geschäftlichen Tendenzen den ethischen Gehalt des Familienlebens ignorirt und daher wohl für die meisten anständigen Leute etwas Verletzendes haben wird, so kann man doch nicht sagen, dass darin geradezu eine unsittliche Leistung im Sinne des Gesetzes liege. Würden derartige Institute nach allgemeinem Urtheil so sehr gegen Anstand und Sitte verstossen, so hätten sich dieselben gewiss nicht überall einbürgern können, ohne von Seiten der staatlichen Behörden Widerstand zu finden. Es ist übrigens klar, dass von einer unsittlichen Leistung nur dann gesprochen werden könnte, wenn der Vertrag mit dem Ehevermittler einen auf die Eheschliessung selbst gerichteten Zwang in sich schliessen würde, und dass dieses Attribut dann nicht zutrifft, wenn die Thätigkeit des Vermittlers lediglich darin besteht, Bekanntschaften

einzuleiten, und es daneben in den freien Willen desjenigen, welcher sich verheirathen will, gelegt ist, ob die Vermittlung zum Ziele führen solle.

---

88. *Schadenersatzklage auf Grund des Art. 50 O.-R. Vereitelung eines Kaufgeschäfts zwischen dem Kläger und einem Dritten durch kreditschädigende Aeusserungen des Beklagten.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 28. April 1884 i. S. Häberli c. Wagner.

Die appellatische Forderung von Fr. 150 stützt sich auf Art. 50 O.-R. Wirth Isler in Amrisweil habe sich geneigt erklärt, vom Appellaten Wein und zwar 30 Eimer à 45 Cts. per Liter zu beziehen. Als dann Appellat den Isler angefragt, ob er ihm einen Theil des besprochenen Weines liefern könne, habe dieser erklärt, er komme ihm gerade recht, erst jüngst seien seine Weine in einer Wirthschaft in K. vom Appellanten als schlechte Waare ausgeschimpft worden, welche den Magen ruinirten, einen solchen Weinhändler sollte man hinmachen. Infolge dieser Aeusserung habe Isler die Bestellung des betreffenden Weines unterlassen. Er verlange nun Ersatz des ihm hiedurch entgangenen Gewinn's, überhaupt für die Schädigung des Kredits im Allgemeinen durch Zusprache der eingeklagten Summe. Appellant dagegen behauptete, er habe lediglich, als ihm in K. Wein vorgesetzt worden sei, welcher ihm schlecht gemundet habe, gefragt, woher der Wein sei, und als die Antwort gelautet: vom Appellaten, gesagt, das sehe demselben gleich, dieser Wein mache einem schlecht. Das sei eine erlaubte Kritik gewesen und habe er weder eine schädigende Absicht gehabt noch einen Schaden für den Appellaten dadurch verursacht. Es werde bestritten, dass Isler Wein fest bestellt gehabt habe, eventuell hätte Appellat die Kaufserfüllungsklage anstellen sollen; eventuellst wurden Umfang der Bestellung, wirkliche Bezahlung und der geltend gemachte Gewinn bestritten.

Die erste Instanz wies vorerst die Einrede ab, dass Appellat die Kaufserfüllungsklage hätte anheben sollen. Die ernstliche Weigerung des Bestellers, den Vertrag zu respektiren, habe für ihn genügt, das Geschäft als dahingefallen zu betrachten. In Rücksicht auf die thatsächlichen Widersprüche der Parteien wurde das beidseitig beantragte Beweisverfahren angeordnet: über die behaupteten Aeusserungen des Appellanten und dass dieselben den Isler bewogen hätten, vom verabredeten, resp. abgeschlossenen Kaufgeschäft zurück-

zutreten, sowie darüber, dass Appellat unreellen Wein liefere, resp. geliefert habe; über den letzteren Punkt vorerst durch Zeugen unter Vorbehalt eines weiteren Beweisverfahrens. Dabei wurde noch speziell hervorgehoben, dass, da Appellat auch im Allgemeinen Kreditschädigung eingeklagt habe, zur qualitativen Begründung der Nachweis nicht nothwendig sei, dass das Geschäft mit Isler infolge derselben in die Brüche gegangen sei, indem das Beweisverfahren hierüber hauptsächlich nur bezwecke, die Entschädigungsforderung quantitativ zu begründen.

Der Appellant sucht in erster Linie um definitive Abweisung der Entschädigungsklage ohne Beweisverfahren nach. Appellat habe durch Annahme des grundlosen Vertragrücktritts seitens des Isler allfälligen Schaden selbst verschuldet und könne nun nicht einen Dritten dafür verantwortlich machen. Sei der Vertrag noch nicht abgeschlossen gewesen, so habe er keinen Anspruch auf Ersatz des blos gehofften Gewinnes. Eventuell habe Appellat nicht blos die angebliche Aeusserung des Appellanten und den dadurch bewirkten Rücktritt Isler's zu beweisen, sondern auch, dass ihm dadurch ein Schaden von Fr. 150 erwachsen sei. Allein auch dieser Beweis würde hinfällig gemacht werden durch den Nachweis der Unechtheit der appellatischen Weine, worüber eine Expertise angeordnet werden solle.

Die Appellation wurde abgewiesen und das erstinstanzliche Beweisdecret bestätigt.

Motive: Es fragt sich vorerst, ob die Entschädigungsforderung des Appellaten desshalb ausgeschlossen sei, weil dieser es unterliess gegenüber Isler die Kaufserfüllungsklage anzuheben. Es ist dies zu verneinen. Allerdings wurde Isler durch die Mittheilungen des Appellanten nicht berechtigt, falls ein fester Vertrag bereits abgeschlossen war, von demselben zurückzutreten. Er konnte lediglich verlangen, dass ihm Wein von der versprochenen oder vorausgesetzten Qualität geliefert werde. Dem Appellaten aber stund es frei, in Rücksicht auf das Misstrauen Isler's und den in Aussicht stehenden Process nebst Unannehmlichkeiten Isler nicht zu behaften und die Unannehmlichkeiten eines Processes zu vermeiden. Aber desshalb könnte doch für ihn durch die appellantischen Aeusserungen ein Schaden im Allgemeinen, eine Interesseschädigung, eine Beeinträchtigung im Kredit entstanden sein und dafür wäre Appellant im Sinne der §§ 50 ff. O.-R. haftbar. Nach der Processlage und der erstinstanzlichen Motivirung handelt es sich nicht sowohl um den spe-

ciellen Schaden, welcher durch Nichtausführung der Lieferung an Isler entstand, als vielmehr um die allgemeine Schädigung, wofür das Verhältniss zu Isler als Beleg angeführt wird.

Die zweite Appellationsbeschwerde geht dahin, dass über den Zustand der appellatischen Weine ein Zeugenbeweis statt eine Expertise angeordnet worden sei. Sie ist wieder unbegründet. Einmal ist nur in erster Linie auf Zeugenbeweis erkannt und ein weiteres Beweisverfahren, somit auch allfällig Anordnung einer Expertise, ausdrücklich vorbehalten. Dann ist aber auch dieses Vorgehen materiell richtig. Die Aeusserung des Appellanten kann sich in der Hauptsache nur auf bereits vom Appellaten gelieferte und von den Abnehmern, resp. deren Kunden möglicherweise genossene Weine beziehen und über die Qualität dieser Waare kann nicht mehr eine Expertise, sondern lediglich das Zeugniss der Konsumenten Auskunft geben.

---

89. *Action en dommages-intérêts. Art. 50 C.-O. Propos de nature à porter atteinte au crédit du demandeur. Fixation du montant de l'indemnité. Art. 51 C. O.*

**Neuchâtel.** Arrêt du tribunal cantonal du 7 juillet 1884 dans la cause H. Béguin c. A. Jacot.

H. Béguin a actionné A. Jacot pour le payement d'une somme de 5000 Fr. à titre de dommages-intérêts. Le tribunal a fixé à un franc le montant de l'indemnité.

Motifs: Considérant que vers la fin de l'hiver dernier ou au commencement du printemps, le citoyen Fritz L'Eplattenier a dit au citoyen Béguin-Gretillat dans une pinte à Montmollin et en présence de témoins: „on m'a dit que tu allais faire faillite; c'est Albert Jacot qui me l'a dit."

Que l'instruction a établi que A. Jacot a effectivement tenu un propos analogue au cit L'Eplattenier dans le chantier de celui-ci, et à l'occasion d'un cautionnement donné par L'Eplattenier à H. Béguin et qu'il l'engageait à retirer;

Que ce propos dont le sens est que H. Béguin allait faire faillite est de nature à porter atteinte au crédit du demandeur, et que de ce chef, il lui est dû en principe une réparation;

Mais considérant d'autre part qu'il n'est pas établi que le défendeur ait tenu ce propos à d'autres personnes;

Qu'en outre, le propos dont se plaint le demandeur n'est parvenu à sa connaissance que dans une conversation où,

parlant imprudemment de la position difficile dans laquelle se trouvaient quelques personnes des Geneveys-sur-Coffrane, il s'est attiré de F. L'Eplattenier cette réponse, „qu'il n'y avait pas besoin de tant crier puisqu'il allait lui-même en fait autant.“

Qu'enfin il n'est pas prouvé que ce propos ait causé au demandeur un préjudice appréciable;

Que dans cette situation, le Juge ne peut que maintenir le principe posé par l'article 50 du Code fédéral des obligations, tout en réduisant conformément à l'article 51, 2d alinéa du même code, les dommages-intérêts au chiffre le plus bas possible.

---

**90.** *Action en dommages-intérêts. Renseignements commerciaux; faute lourde. Art. 50 C.-O.*

**Genève.** Arrêt du tribunal de commerce du 15 mai 1884 dans la cause Franquebalme et fils c. Berthoud fils.

.....Quant à la somme de 4464 fr. 80 c.:

Attendu que Berthoud était représentant à Genève, de la maison Franquebalme et fils; qu'en cette qualité, il écrivit aux demandeurs d'expédier à Girard 100 sacs de raisins de Corinthe;

Attendu que Franquebalme et fils trouvèrent que le crédit fait ainsi à Girard était trop fort et refusèrent de le lui accorder;

Attendu que dès ce moment Berthoud, dans une série de lettres, donne les meilleurs renseignements sur le compte de cet acheteur, dit à ses mandants qu'ils n'ont absolument rien à craindre avec lui et les invite vivement et à diverses reprises à fournir à Girard les sacs de raisins commandés;

Attendu que c'est ce qu'en définitive, trop confiants dans la parole du défendeur, firent Franquebalme et fils;

Attendu que sur les 100 sacs expédiés, le défendeur en vendit 50 à Colliard frères; que les 50 autres furent remis à Girard; qu'à la date du 30 juin 1883, Berthoud commande, toujours pour ce même négociant, 50 nouveaux sacs de raisins à Franquebalme et fils; que le 10 juillet, il prie ces derniers de ne pas faire protester la traite tirée par eux en paiement sur leur acheteur, et qu'il ajoute encore ces mots: „Je me permets de vous conseiller d'attendre quelques jours sans lui créer des ennuis, car vous n'avez rien à craindre avec ce client;“

Attendu que le 21 juillet, Berthoud écrit une lettre dans laquelle se trouve cette phrase: „Comme je vous l'ai dit, M. Girard paiera intégralement aux premiers jours;“ que le 27, dans une autre missive, il dit derechef: „N'ayez aucune crainte pour M. Girard,“ et qu'en général, dans toute la nombreuse correspondance qu'il avait avec ses mandants, le défendeur leur garantit la solvabilité de leur acheteur;

Attendu que, le 15 septembre, celui-ci était mis en état de faillite;

Attendu que dès les premières commandes faites pour Girard, et même auparavant, il est établi que ce commerçant était fort gêné dans ses affaires, qu'il laissait protester des traites et qu'il était poursuivi en paiement de sommes dues;

Attendu que c'était le devoir strict du défendeur, avant de donner de bons renseignements sur un client, de prendre des informations sur son crédit; qu'au surplus, Berthoud ne pouvait ignorer la situation de Girard et que ce qui le prouve à l'évidence, c'est que, pour donner une certaine solidité à cette maison, il essayait de lui trouver un associé commanditaire;

Attendu que si, d'une façon générale, il n'est pas admissible que, lorsqu'ils remplissent consciencieusement leur mandat, les voyageurs ou les représentants de commerce puissent être considérés comme responsable, vis-à-vis de leurs patrons ou mandants, de la solvabilité des maisons avec lesquelles ils traitent, solvabilité sur laquelle ils peuvent, malgré la meilleure volonté possible, être trompés par les apparences ou des renseignements erronés, il est, d'autre part, évident que lorsqu'un voyageur ou un représentant de commerce agit avec la légèreté, l'insouciance et le peu de sérieux qu'à eus Berthoud dans l'espèce, il commet une faute lourde qui tombe directement sous l'application de l'art. 50 C. O.; que c'est, dans les faits relatifs à chaque cas spécial, au Tribunal à estimer si le représentant de commerce a, par sa conduite, encouru ou non cette responsabilité et que, cette première appréciation faite, la perte causée se résolvant en dommages-intérêts, c'est à lui également à en fixer, d'après les éléments de la cause, le chiffre légitime;

Attendu que dans le présent procès, les demandeurs réclament le paiement de la somme de 4464 fr. 80 c.; que cette somme est évidement exagérée, et que le Tribunal a les renseignements voulus pour arrêter à fr. 1000 et aux dépens de l'instance les dommages-intérêts dûs par Berthoud à Franquebalme et fils.....

**91.** *Action en dommages-intérêts. Dénonciation calomnieuse; atteinte à la considération personnelle. Art. 50 et 55 C. O.*

Genève. Arrêt de la cour de justice civile du 31 mars 1884 dans la cause Peney c. Pérusset.

L'appelant a-t-il droit a une indemnité?

Considérant que Peney a rapporté la preuve à laquelle il avait été acheminé par l'ordonnance préparatoire du 28 janvier dernier;

Que les dépositions des témoins entendus ont établi que Pérusset, en dehors de ses déclarations au juge d'instruction, avait à plusieurs reprises et devant différentes personnes accusé l'intimé d'être l'auteur de la lettre fabriquée, faussement signée C. Cramer et datée de Troinex, 8 novembre 1882; que cette accusation, loin de revêtir la forme d'un simple soupçon, était, au contraire, exprimée de la façon la plus nette et même accompagnée de l'offre d'en donner la preuve;

Considérant que cette imputation ne reposait néanmoins sur aucune espèce de fondement, ainsi que l'a démontré la procédure pénale; qu'il suffit d'examiner avec quelque attention la lettre arguée de faux et envoyée en deux exemplaires, pour constater qu'elle n'est pas plus de l'écriture de Peney que de celle de dame Pérusset, à laquelle elle avait été attribué par l'instruction;

Considérant qu'une accusation de ce genre est évidemment de nature à causer un préjudice à celui contre lequel elle est formulée et à porter une grave atteinte à sa situation personnelle; qu'il n'est pas nécessaire pour cela qu'elle s'applique à un acte présentant tous les caractères légaux d'un crime ou d'un délit; que, si elle se rapporte à un acte indélicat ou d'une honnêteté douteuse, elle peut constituer également un fait dommageable; que tel est, pour le moins, le cas dans l'espèce, la lettre dont s'agit ayant été qualifiée de „faux" par Pérusset lui-même, dans une déclaration rendue publique;

Considérant toutefois que, dans l'appréciation du dommage causé et de la réparation qui en est la conséquence, il y a lieu de tenir compte, soit du fait que le préjudice éprouvé par Peney a été d'ordre purement moral, soit de la circonstance que l'accusation portée contre lui n'a guère dépassé les limites de la commune de Troinex et n'a pas rencontré, chez la plupart des interlocuteurs de Pérusset, le degré de crédibilité sur lequel celui-ci paraissait compter;

Vu les art. 50, 55 et 904 C. O.;

P. c. m., la Cour reçoit à la forme l'appel interjeté contre

le jugement rendu par le Tribunal civil le 7 juillet 1883 ; au fond réforme ledit jugement et statuant à nouveau, condamne Pérusset à payer à Peney, à titre d'indemnité, outre les dépens de première instance et d'appel, la somme de 50 fr.

---

92. *Schädigung durch Thiere. Mangelhafte Beaufsichtigung eines Hundes. Art. 65 und 51 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 28. Juni 1884 i. S. A. Landry c. C. Schoop-Schlumpf.

A. Landry, Eigenthümer des Hotels auf dem Uetliberg, besitzt am westlichen Abhange des letztern einen Wildpark, welcher mit einer besondern Einfriedigung versehen ist. Am 9. October 1883 gieng der Stiefsohn des Beklagten mit zwei anderen Knaben auf den Uetliberg; der Hund des Schoop lief diesen Knaben nach, drang in den Wildpark ein und tödtete einen weissen Hirsch. L. klagte hierauf gegen Sch. eine Entschädigung von Fr. 110 ein. Sch. bestritt seine Schadenersatzpflicht mit der Behauptung, es habe sich in der Umzäunung des Parkes ein grosses Loch befunden, durch welches der Hund habe eindringen können, und berief sich für diese vom Kläger bestrittene Behauptung auf die Begleiter seines Stiefsohnes als Zeugen. Der Einzelrichter hiess indess durch Urtheil vom 15. März 1884 die Klage im ganzen Umfange gut.

Gegenüber diesem Urtheil erhob der Beklagte gestützt auf § 704 Ziff. 6 des Gesetzes betr. die Rechtspflege Nichtigkeitsbeschwerde, indem er behauptete, durch Nichtabnahme des von ihm anerbotenen Beweises sei ihm das rechtliche Gehör verweigert worden. Die Beschwerde wurde indess wegen Unerheblichkeit des anerbotenen Beweises abgewiesen.

Motive: Der Nichtigkeitskläger geht davon aus, es habe der Besitzer des Wildparkes die Pflicht, dafür zu sorgen, dass fremde Thiere, welche dem Wild Schaden zufügen könnten, nicht in den Park hinein gelangen können; in einer mangelhaften Umzäunung oder schlechten Instandhaltung derselben liege daher ein Verschulden, welches im Falle einer solchen Schädigung durch von aussen hereindringende Thiere die Pflicht zum Schadenersatz entweder ganz aufhebe (Art. 65 O. R.) oder zum mindesten reduziere (Art. 51 daselbst). Allein wenn auch richtig sein mag, dass der Besitzer eines Wildparkes in seinem eigenen Interesse den letztern in der Regel so einzäunen wird, dass fremde Thiere nicht in den-

selben eindringen können, so liegt doch auf der Hand, dass der Zweck der Einzäunung in erster Linie der ist, das Entweichen der gehegten Thiere a u s dem Park zu verhindern, und dass, wer seinen Park bloss so einschliesst, dass zwar das letztere unmöglich ist, das erstere aber möglich bleibt, kaum schon desswegen mit Bezug auf allfällige Schädigungen von aussen her fahrlässig handelt, denn dadurch, dass er den Zugang zu seinen Thieren nicht absperrt, wird doch nicht ohne Weiteres eine Anreizung anderer Thiere zur Schädigung derselben bewirkt. Allerhöchstens wird man in einem solchen Falle das Mass der von dem Besitzer des schädigenden Thieres geforderten Sorgfalt nicht auf das Höchste steigern; aber die gewöhnliche Sorgfalt in der Beaufsichtigung wird man von ihm auch dann noch fordern können, und sobald diese nicht beobachtet ist, wird auch die Schadenersatzpflicht bejaht werden müssen, sei dann die Möglichkeit der Schädigung mehr oder weniger durch den Beschädigten erschwert gewesen. Im vorliegenden Falle wurde von Seite des Nichtigkeitsklägers aber offenbar nicht einmal dieses gewöhnliche Mass von Sorgfalt angewendet, sonst wäre es nicht möglich gewesen, dass dieser Hund den Knaben frei hätte nachlaufen können, von denen vorauszusehen war, dass sie denselben nicht gehörig werden überwachen können. Wäre überdiess der Hund mit einem Erwachsenen gegangen, dem zu gehorchen er gewöhnt war, hätte dieser den andringenden Hund von Hand zurückhalten oder mit Befehlen zurückweisen wollen, aber das ohne Erfolg gethan, so könnte vielleicht gesagt werden, es sei das unter den vorliegenden Umständen Erforderliche geschehen; dass aber die bei dem Vorfall anwesenden Knaben eine ähnliche Gewalt über den Hund gehabt oder dass sie versucht hätten, ihn zurückzuhalten, ist nicht einmal behauptet worden, und für diese Unterlassung ist der Besitzer des Hundes verantwortlich, nachdem es diesem in Folge mangelhafter Verwahrung möglich gewesen war, den Knaben nachzulaufen, und er von da an nur noch von diesen Letztern beaufsichtigt werden konnte.

---

**93.** *Wechselrecht. Der gemäss Art. 422 O. R. in's Handelsregister eingetragene Prokurist ist auch für Privatverbindlichkeiten der Wechselstrenge unterworfen. Art. 720 O. R.*

**Zürich.** Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 7. August 1884 i. S. Heusser u. Cie. c. Pfenninger-Stahl.

Das Bezirksgerichtspräsidium Meilen hatte das Rechtsöffnungsgesuch von Heusser u. Cie. für Fr. 960. — nebst

Zins à 6 % seit 5. Mai 1884 im schnellen Schuldbetreibungsverfahren abgewiesen, weil der Betriebene nicht als wechselfähig im Sinne von Art. 720 O. R. angesehen werden könne. Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde gutgeheissen.

Motive: Der Betriebene und Rekursgegner ist Prokuraträger eines Handelsgeschäftes und als solcher gemäss Art. 422 O. R. im Handelsregister eingetragen. Nach Art. 720 ibid. erstreckt sich die volle Wechselfähigkeit auf diejenigen Personen, welche im Handelsregister eingetragen sind, und ohne dass dabei specielle Gssetzesbestimmungen angeführt wären, auf Grund deren diese Eintragung erfolgt sei. Somit geht der Wortlaut des Gesetzes dahin, dass Jeder, dessen Namen aus irgend einem Grunde im Handelsregister eingetragen wurde, der vollen Wechselstrenge unterworfen sei, und es ist an diesem an sich klaren Wortlaut um so eher festzuhalten, als derselbe sich keineswegs im Widerspruch mit der offenkundigen Absicht des Gesetzgebers befindet, welche dahin ging, geschäftsunkundige Leute gegen processualische Ueberrumpelung zu schützen (Schneider u. Fick Comm. zu Art. 720). Der Prokurist eines kaufmännischen Geschäftes sollte aber nicht zu diesen geschäftsunkundigen Leuten gezählt werden können.

---

**94.** ***Concordat über die Viehhauptmängel vom 5. August 1852. Art. 2. Bei Berechnung der Währschaftszeit ist der Tag der Uebergabe mitzuzählen.***

**Baselland.** Urtheil des Obergerichts vom 23. Mai 1884 i. S. Fischer c. Hänni.

Kläger hat am 17. Sept. 1883 Nachmittags an der freiwilligen Gant des Beklagten ein Pferd gekauft und sogleich mit nach Hause genommen. Als sich am 6. Okt. Krankheitssymptome zeigten, begab sich eine Tochter des Klägers zum Gemeindepräsidenten, um ihm das anzuzeigen. Dieser schickte sie, da wegen nahen Ablaufs der Währschaftszeit eine Rückbietung keinen Sinn mehr hatte, zum Gerichtspräsidenten, welcher die Thierärzte S. und J. zu Experten bestellte und der Tochter Hänni den mündlichen Auftrag mitgab, die bezeichneten Thierärzte zur Untersuchung einzuladen. Thierarzt S. untersuchte das Thier noch an demselben Tage; J. war aber nicht erschienen und die gemeinschaftliche Untersuchung beider Experten fand erst am 7. October Vormittags

statt. Das Gutachten constatirte einen Währschaftsmangel. Am 10. October stand das Thier um, die beiden Aerzte secirten dasselbe auf Weisung des Gerichtspräsidenten und bestätigten ihren frühern Bericht.

Der Klage des Hänni setzte Fischer die Einrede entgegen, die Expertise habe erst am 21. Tage, also nicht mehr innert der Währschaftszeit stattgefunden.

Das Bezirksgericht Liestal ist von der Erwägung ausgegangen, der Gesetzgeber habe mit dem Schlusssatze des § 2 des Concordates „die Währschaftszeit beginnt mit dem Tage der Uebergabe" offenbar nur beabsichtigt, die Uebergabe des Thieres im Gegensatz gegen den Abschluss des Kaufes als Anfangspunkt der Währschaftszeit zu bezeichnen, im Uebrigen aber die sonst ganz regelmässige Berechnungsweise der Fristen eintreten zu lassen. Von dieser Ansicht ausgehend hat es in erster Linie angenommen, der erste Tag solle wie bei andern Fristberechnungen nicht zählen, in zweiter Linie, es sollten wenigstens die Stunden des Tages nicht gezählt werden, welche der Uebergabe vorausgingen. Nach dieser Berechnung war der nach dem Concordate einzig in Betracht fallende Expertenbericht vom 7. October noch zur rechten Zeit vorgenommen. Die Klage wurde daher gutgeheissen.

Gegen dieses Urtheil ist vom Beklagten die Appellation erklärt worden. In der Verhandlung vom 18. April war das Obergericht sehr getheilter Ansicht, wesshalb beschlossen wurde, es seien im Interesse einer einheitlichen Auslegung des Concordates die Kanzleien der obersten Gerichtshöfe der übrigen Concordatskantone um Zusendung allfälliger diesbezüglicher Entscheidungen anzugehen. Nach den eingelaufenen Berichten ist die Rechtsprechung der verschiedenen Concordatskantone über die zur Entscheidung kommende Frage keine einheitliche. Für die Auffassung, dass der Tag der Uebergabe nicht mitgerechnet werden solle, sind namhaft gemacht worden zwei Urtheile des Zürcher Obergerichts (14. Juni 1856 und 20. August 1864), 5 Urtheile des Berner Obergerichts (14. Aug. 1856, 6. Oct. 1870, 28. Mai 1875, 31. Januar 1879, 2. Dec. 1872), und je ein Urtheil des Basler Appellationsgerichts (18. Febr. 1858), des Tribunal cantonal von Waadt (12. April 1866) und der Cour de Cassation von Freiburg (2. Januar 1880).

Die gegentheilige Ansicht, dass der Tag der Uebergabe als der erste Tag der Währschaftszeit zu gelten habe, wird vertreten: durch einen bundesräthlichen Recursentscheid (12. Oktober 1869, Bundesblatt 1870 II, pag. 166), durch je ein

Urtheil der Cour de Cassation von Neuenburg (14. März 1877) und des Thurgauischen Obergerichts (28. Januar 1880) und durch zwei Urtheile des zürcherischen Obergerichts (17. December 1870 und 10. August 1881). Das Obergericht hat das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Motive: In seinem Entscheide vom 12. Oktober 1869 hat der Bundesrath sich dahin ausgesprochen: „da der Wortlaut des Art. 2. des Concordates ganz bestimmt den Tag der Uebergabe mit in die Tage der Währschaftszeit aufnimmt, so darf eine andere Auslegung als die rein grammatikalische nicht Platz greifen. Es kann daher nichts darauf ankommen, wie die Kantone in Anwendung ihrer Gesetze bei Berechnung der Fristen verfahren, vielmehr ist hiefür einfach die klare Bestimmung des Concordates massgebend.“ Durch diese Ausführung veranlasst hat das Zürcher Obergericht seine frühere entgegengesetzte Praxis aufgegeben; der Entscheid des Bundesrathes ist auch vom Neuenburger Cassationsgericht und vom Thurgauer Obergericht berücksichtigt worden, während das Berner Obergericht und das Cassationsgericht von Freiburg demselben nicht beigetreten sind.

Die Ausführungen des angeführten Bundesrathsentscheides sind vollständig zutreffend. Der Wortlaut der in Frage kommenden Concordatsstelle ist deutlich und klar. Wenn aber die grammatikalische Interpretation einer solchen Norm einen deutlichen, klaren Sinn ergibt, so muss jede weitere Erörterung unterbleiben.

Die Berechnung der Währschaftszeit von Moment zu Moment ist schon durch den Wortlaut ausgeschlossen, abgesehen davon, dass diese Berechnungsart für solche Verhältnisse gar nicht angewendet wird.

Demgemäss muss die Expertise vom 7. October, weil erst am 21. Tage vorgenommen, als verspätet erscheinen; diejenige vom 6. October hingegen fällt mit Rücksicht darauf, dass nicht den Vorschriften des Concordates entsprechend zwei Aerzte sie vorgenommen haben, als formell ungiltig ausser Betracht.

---

95. *Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. Art. 21. Die Bestimmung des Art. 21 hat lediglich den Sinn, dass der ein Requisitorial vollziehende Staat Kosten, die nach seinen Gesetzen zu Lasten des Staates oder der Gerichts-*

*kasse fallen, nicht vom requirirenden Staate erheben darf, schliesst dagegen nicht aus, dass die nach den Gesetzen des requirirten Staates von den Parteien zu tragenden Kosten von diesen zu bezahlen sind.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichts vom 17. November 1883.

Auf diplomatischem Wege gelangte eine weitläufige Beweiserhebung durch Einvernahme von Zeugen gemäss einem Dekrete des Appellationshofes in Nancy an das Bezirksgericht H. Nach Vollzug des Requisitoriales stellte die Bezirksgerichtskanzlei H. dem zürcherischen Vertreter der beweisführenden Partei Rechnung über die Zeugengebühren, Schreib- und Vorladungsgebühren, Porti und Stempel. Derselbe weigerte sich aber, diese Rechnung zu bezahlen, und ersuchte das Obergericht, dieselbe zu prüfen, und soweit sie dem Artikel 21 des Staatsvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869 widerspreche, zu berichtigen. Die Rechnung wurde indess gutgeheissen unter folgender Begründung:

Die citirte Bestimmung des Staatsvertrages: „Die aus den Requisitorien entstehenden Kosten fallen demjenigen Staate zu, welcher sie vollziehen soll", hat offenbar nicht den Sinn, dass, wenn der eine Staat die Hülfe des andern für Vollziehung eines Dekretes in Civilsachen, also zu Gunsten von Privaten, requirirt, die hiebei betheiligten Privaten keinerlei Kosten zu bezahlen haben, sondern verlangen können, dass der vollziehende Staat dieselben übernehme, denn damit wäre die auswärts in Frankreich wohnende Partei, zu deren Gunsten die schweizerischen Gerichte angerufen werden, günstiger gestellt, als die Bürger des eigenen Landes, welche nach den hierseitigen Gesetzen die in Civilsachen erwachsenden Kosten selbst zu tragen haben. Dieselbe ist vielmehr dahin aufzufassen, dass, soweit nach den Gesetzen des vollziehenden Staates aus diesen Geschäften Kosten erwachsen, welche zu Lasten des Staates oder der Gerichtskasse fallen, was nach dem Gesetze betreffend die zürcherische Rechtspflege nur der Fall ist mit Bezug auf Schreibgebühren und andere Baarauslagen, welche von den Parteien nicht erhältlich sind, — der vollziehende Staat solche Kosten nicht etwa wieder von dem requirirenden Staate erheben dürfe, sondern, dass er diese selbst zu tragen habe. Die genannte Vertragsbestimmung enthält also nach dieser Auffassung überall keine Vorschrift, auf welche die Parteien sich berufen könnten, sondern sie räumt lediglich den kontrahirenden Staaten gewisse Rechte ein.

Eine Beschwerde der Partei wäre höchstens gedenkbar darüber, dass sie jetzt schon mit Kosten belastet werde, während noch gar nicht feststehe, dass ihr solche schliesslich aufgelegt werden. Allein nach § 263 des Gesetzes betreffend die zürcherische Rechtspflege hat jede beweisführende Partei die Baarauslagen, welche durch ihre Beweisführung entstehen, vorläufig zu tragen und sogar der Gerichtskasse in baar vorzuschiessen; das Kostenverzeichniss enthält aber keine andern Posten als solche Baarauslagen, denn nicht nur die Zeugengebühren, sondern auch die Schreibgebühren und die Vorladungsgebühren sind nach den §§ 1164 und 1140 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege zu den Baarauslagen zu zählen, bei den übrigen Posten versteht sich das von selbst, andere Kosten, wie Staatsgebühren oder Kanzleigebühren sind überall nicht berechnet worden, da das nach dem Gesetze überhaupt nicht zulässig wäre.

# I. Alphabetisches Sachregister.

Amortisation, Nr. 52. 85.
Anrufung des Bundesgerichts, Rechtsmittel in Civilstreitigkeiten, Nr. 2. 61. 80. 81. 83. 84.
Anwendbarkeit des O.-R. in zeitlicher Beziehung, Nr. 62.

Besitz, Vermuthung des Eigenthums, Nr. 68.
Bürgschaft, Nr. 75. Wechselbürge, Nr. 39.

Causalzusammenhang bei Klage auf Schadenersatz, Nr. 86.
Chek, Nr. 77.
Compensation, Nr. 26. 27. 69. 70. 71.
Competenz des Bundesgerichtes in Sachen die bloss theilweise nach eidg. R. zu beurtheilen sind, Nr. 80.
Concurserkenntnisse, wiefern an das B.-G. weiterziehbar, Nr. 81.

Depositenscheine ob Werthpapiere? Nr. 85.
Dienstvertrag, Nr. 37. 74.
Dingliche Rechte an beweglichen Sachen, Nr. 63.
Domicil, des Concursiten, Nr. 67.

Ehescheidung, Gerichtsstand, Nr. 6. 7; Ehen von Ausländern, Nr. 8; Anträge vor Bundesgericht, Nr. 9; Anwendung von Art. 46 des Ehegesetzes, Nr. 10.
Eigenthumsübertragung, Nr. 29.
Eintragung in's Handelsregister, Nr. 48.
Entmündigung, Nr. 84.
Erfüllungsort, Nr. 24.
Erfüllung von Obligationen, die vor O.-R. entstanden, nach welchem Rechte? Nr. 85.
Expropriation, Schluss des Vorverfahrens, Nr. 83.

Firmaschutz, Nr. 49.
Fischerei, Bundesgesetz über, Nr. 57.

Gerichtsstand für Feststellung und Betreibung von Advocaturgebühren, Nr. 18; für Geschäfts- oder Zweigniederlassung, Nr. 66; bei Hinterlegung der Streitsumme, Nr. 65; des Concursiten, Nr. 67.
Gesellschaft einfache, Nr. 40, Collectiv-, Nr. 41. 76, Commandit-, Nr. 50.

Haftpflicht bei Eisenbahntransport, Nr. 11. 54. 78. 79; der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen, Nr. 12. 13. 14. 53. 64; aus Fabrikbetrieb, Nr. 15. 55. 56; des Dienstherrn bei Verletzungen, Nr. 21. 22; des Geschäftsherrn für Verschulden von Angestellten, Nr. 23; des Gastwirthes für eingebrachte Sachen, Nr. 38.

Handlungsfähigkeit, Beschwerde beim Bundesgericht, Nr. 3; Competenz des Bundesgerichts, Nr. 4, bezügl. Minderjähriger, Nr. 5, Begriff im Sinn des Ges., Nr. 84.

Haupturtheil im Sinn Art. 29 B.-Ges. v. 27. Juni 1874, Nr. 81.

Inhaberpapiere, Nr. 47. 52. 85.

Jagd und Vogelschutz, Nr. 58.

Markenschutz, Nr. 16. 17.

Nachsteuerforderung, Nr. 60.

Pachtvertrag, Nr. 36; einseitiger Rücktritt, Nr. 72.

Prorogation auf das Bundesgericht, wiefern statthaft, Nr. 82.

Retentionsrecht; Anwendung der Uebergangsbestimmung in Art. 887 O.-R., Nr. 35; Natur desselben, Nr. 31; bezieht sich bei einem Laden auf die darin befindlichen Waaren, Nr. 32; Verhältniss zum gerichtlichen Pfandrecht, Nr. 33; Geltendmachung, Nr. 34; bezieht sich nicht auf Handelswaaren, welche vorübergehend in der Miethwohnung aufbewahrt werden, Nr. 73.

Schadenersatz, Nr. 86. 88. 89. 90. 91. 92.

Tradition, Nr. 30.

Unsittliche Leistung, Nr. 87.

Verjährung, Nr. 28. 69.

Verletzung von Bundesgesetzen, staatsrechtliche Beschwerde, Nr. 1.

Verträge, Form, Nr. 19; Auslegung derselben, Nr. 61; wesentlicher Irrthum, Nr. 20.

Vermuthung der Zahlung aus Rückgabe des Schuldscheins, Nr. 25.

Viehhauptmängel, Nr. 59. 94.

Warrants, Nr. 85.

Wechselrecht, Nr. 44. 45. 93.

Wechselrechtliche Execution, Nr. 43; gegen Procuristen Nr. 93.

Wechselprotest, Nr. 46.

Werthpapier, Nr. 85.

Willenserklärungen, Auslegung derselben, Nr. 61.

Zahlungstermin, Nr. 51.

Zeitliche Anwendung des O.-R., Nr. 85.

# II. Gesetzesregister.


*I. Bundesverfassung.*

Art. 59, Nr. 18. 60. 65.

*II. Obligationenrecht.*

Art. 3, Nr. 19.
„ 16, „ 61.
„ 17, „ 87.
„ 18—19, „ 20.
„ 50, „ 21. 22. 86. 88. 90. 91.
„ 51, „ 84. 85.
„ 55, „ 91.
„ 62, „ 23.
„ 78, „ 51.
„ 84, „ 24.
„ 86, „ 93.
„ 104, „ 25.
„ 105, „ 85.
„ 116—117, „ 26.
„ 122, „ 26. 72.
„ 123—124, „ 26.
„ 131, „ 70. 71.
„ 132, „ 71.
„ 138, „ 69.
„ 131—138, „ 26. 27.
„ 139, „ 71.
„ 143, „ 36.
„ 147, „ 28.
„ 180, „ 51.
„ 199, „ 29. 63. 68.
„ 210, „ 30.
„ 224, „ 35.
„ 228, „ 31. 36.
„ 230, „ 93.
„ 263, „ 93.
„ 277, „ 72.
„ 294. „ 31. 32. 33. 34. 36. 73.
„ 297, „ 34.
„ 312, Nr. 36.
„ 343, „ 37.
„ 346, „ 37. 74.
„ 349, „ 22.
„ 392, „ 30.
„ 422, „ 93.
„ 475, „ 30.
„ 486, „ 38.
„ 502, „ 75.
„ 503, „ 39. 75.
„ 541, „ 41.
„ 546, „ 40.
„ 552, „ 76.
„ 558, „ 41.
„ 564, „ 42.
„ 568, „ 42.
„ 572, „ 42.
„ 720, „ 2. 43. 93.
„ 772, „ 45.
„ 804, „ 45. 46.
„ 805, „ 46.
„ 806, „ 45.
„ 811, „ 44.
„ 813, „ 45.
„ 814, „ 46.
„ 815, „ 46.
„ 832, „ 77.
„ 846, „ 47.
„ 849, „ 47.
„ 865, „ 48.
„ 868, „ 49.
„ 870, „ 50.
„ 881, „ 22.
„ 882, „ 46. 51. 62. 69. 70. 85.
„ 886, „ 43.
„ 887, „ 35.
„ 889, „ 43.
„ 901, „ 46. 52.

*III. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege* vom 27. Juni 1874.

Art. 29 . . . . . Nr. 2. 3. 17. 81. 82. 84.
„ 31 . . . . . „ 82.
„ 59 . . . . . „ 1. 3. 16

*IV. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem B.-G. in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* vom 22. Nov. 1850.

Art. 170 . . . . Nr. 83.

*V. Bundesgesetz über Handlungsfähigkeit* vom 22. Juni 1881, Nr. 4. 5. 84.

Art. 5 . . . . . Nr. 3. 84.

*VI. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe* vom 24. Dec. 1874, Nr. 6. 9.

Art. 43 . . . . . Nr. 7.
„ 45, 46, 48 . . „ 10.
„ 47 . . . . . „ 7.
„ 56 . . . . . „ 8.

*VII. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen* vom 20. März 1875.

Art. 1, 23, 45 . . Nr. 78.
„ 30 . . . . . „ 11.
„ 32 . . . . . „ 79.
„ 36 Abs. 3, Art. 54 „ 54.

*VIII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen* vom 1. Juli 1875, Nr. 13.

Art. 1 . . . . . Nr. 64.
„ 2 . . . . . „ 12. 14. 53.
„ 3 . . . . . „ 12.

*IX. Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken* vom 23. März 1877, Nr. 22.

Art. 5 . . . . . Nr. 15.

*X. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb* vom 25. Juni 1881, Nr. 22.

Art. 2 . . . . . Nr. 56.
„ 5 . . . . . „ 56.
„ 6 . . . . . „ 55. 56.

*XI. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken* vom 19. Dec. 1879.

Art. 22, Abs. 2 . . Nr. 16.
„ 28 . . . . . „ 17.

*XII. Bundesgesetz über die Fischerei* vom 18. September 1875, Nr. 57.

*XIII. Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz* vom 17. Oct. 1875.
Art. 21 . . . . . Nr. 58.

*XIV. Eisenbahntransportreglement* vom 9. Juni 1876.
§ 98, 99, 100, 126 Ziff. 1 u. 2 . . . Nr. 78.
§ 124 . . . . . „ 79.

*XV. Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel* vom 5. Juni 1852, Nr. 59.
Art. 2 . . . . . Nr. 94.

*XVI. Concordate vom 15. Juni 1804 und 8. Juni 1810 betr. das Concursrecht*, Nr. 67.

*XVII. Deutsch-schweizerischer Handelsvertrag* vom 23. Mai 1881, Nr. 17.

*XVIII. Staatsvertrag mit dem deutschen Zollverein* vom 19. Mai 1869, Nr. 17.

*XIX. Staatsvertrag mit Frankreich* vom 15. Juni 1869.
Art. 21 . . . . . Nr. 95.

*XX. Französisch-schweizerische Uebereinkunft* vom 30. Juni 1864, Nr. 17.

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

Seite

**Zürich:** Nr. 23: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts i. S. Brandassekuranzanstalt des Kantons Zürich c. Escher Wyss u. Cie betr. Haftung des Geschäftsherrn . . . . . 19
Nr. 32: Beschluss derselben vom 2. Februar 1884 i. S. Papastatis/Vögeli betr. Retentionsrecht . . . . . 34
Nr. 47: Beschluss des Obergerichts vom 19. Februar 1884 i. S. Hauert betr. Inhaberpapiere . . . . . 60
Nr. 49: Urtheil des Handelsgerichts vom 8. Februar 1884 i. S. Hefti u. Fehr/Lienhard-Städeli betr. Firmaschutz 63
Nr. 52: Beschluss des Obergerichts vom 19. Februar 1884 i. S. Hauert betr. zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts . . . . . 67
Nr. 53: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 5. Februar 1884 i. S. Steger/Nordostbahn betr. Haftpflicht der Eisenbahnen . . . . . 67

Seite

Nr. 71: Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 23. Mai 1884 i. S. Kunz/Heusser betr. Compensation 101
Nr. 73: Entscheid derselben vom 18. März 1884 i. S. Stüssi/Steinegger betr. Retentionsrecht . . . . . 104
Nr. 75: Entscheid derselben vom 21. Mai 1884 i. S. Weil/Vogler betr. Bürgschaft . . . . . 105
Nr. 87: Entscheid derselben vom 3. Juni 1884 betr. Forderung aus Ehevermittlung . . . . . 121
Nr. 92: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 28. Juni 1884 i. S. A. Landry/C. Schoop-Schlumpf betr. Schadenersatz . . . . . 128
Nr. 93: Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 7. August 1884 i. S. Heusser u. Cie./Pfenninger-Stahl betr. wechselrechtliche Execution . . . . . 129
Nr. 95: Beschluss des Obergerichts vom 17. November 1883 betr. Kosten von Requisitorialen laut Staatsvertrag mit Frankreich . . . . . 132

**Bern**: Nr. 34: Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, II. Civilabtheilung, vom 5. October 1883 i. S. Wanner/Stampfli betr. Retentionsrecht . . . . . 42
Nr. 35: Urtheile desselben, I. Civilabtheilung, vom 12. Februar 1884 i. S. Brugger/Hofmann und Brugger/Zwahlen betr. Retentionsrecht . . . . . 43
Nr. 39: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 24. October 1883 i. S. Steiger und Balsiger/Spar- und Leihcasse Thun betr. Wechselbürgschaft . . . . . 48
Nr. 43: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 15. Januar 1884 i. S. Handwerkerbank Basel/Rüfli betr. Wechselexecution . . . . . 53
Nr. 59: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 24. Juli 1883 i. S. Häfliger/Aeberhard betr. Viehhauptmängel 85
Nr. 72: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 26. März 1884 i. S. Wenger/Gfeller betr. Miethe . . . . . 102
Nr. 77: Urtheil desselben vom 6. Dezember 1883 i. S. Monnoyeur/Guerne betr. Rectachek . . . . . 108

**Schwyz**: Nr. 70: Urtheil des Kantonsgerichts vom 31. Januar 1884 i. S. Leih- und Sparkasse Lachen/Genossame Wangen betr. Compensation . . . . . 100

**Nidwalden**: Nr. 41: Urtheil des Obergerichts vom 26. October 1883 i. S. Siegwart/Siegwart betr. Collectivgesellschaft 51

Seite

**Baselstadt**: Nr. 38: Urtheil des Civilgerichts vom 13. November 1883 i. S. Stern/Fässy betr. Haft der Gastwirthe . . . . . 47
Nr. 44: Urtheil desselben vom 25. September 1883 i. S. Huber/Itschner betr. Wechselrecht . . . . . 54
Nr. 54: Urtheil desselben vom 23. November 1883 i. S. Stumm/Elsass-Lothringer-Bahn betr. Transport auf Eisenbahnen . . . . . 73
Nr. 56: Urtheil desselben vom 25. September 1883 i. S. Gass/Maring und Mertz betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 79
Nr. 78: Urtheil desselben vom 22. Februar 1884 i. S. Preiswerk/Directorium der Schweiz. Centralbahn und Direction der Gotthardbahn betr. Transport auf Eisenbahnen . . . . . 108

**Baselland**: Nr. 94: Urtheil des Obergerichts vom 23. Mai 1884 i. S. Fischer/Hänni betr. Berechnung der Währschaftszeit bei Viehhauptmängeln . . . . . 130

**Schaffhausen**: Nr. 19: Urtheil des Obergerichts vom 18. September 1883 betr. Vertragsform . . . . . 11
Nr. 24: Entscheid desselben vom 2. März 1883 betr. Erfüllungsort . . . . . 21
Nr. 33: Entscheid desselben vom 10. März 1883 betr. Retentionsrecht . . . . . 41
Nr. 55: Urtheil desselben vom 30. März 1883 betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 76
Nr. 58: Urtheil desselben vom 6. April 1883 betr. Jagd und Vogelschutz . . . . . 83

**St. Gallen**: Nr. 20: Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 28. Januar 1884 betr. wesentlichen Irrthum bei Vertragsabschluss . . . . . 13
Nr. 26: Urtheil desselben vom 19. November 1883 betr. Compensation . . . . . 24
Nr. 29: Urtheil des Kantonsgerichts vom 16. August 1883 betr. Eigenthumsübertragung . . . . . 28
Nr. 37: Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 28. Januar 1884 betr. Dienstvertrag . . . . 46
Nr. 45: Urtheil des Kantonsgerichts vom 2. October 1883 betr. Wechselrecht . . . . . 56
Nr. 57: Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 21. Dezember 1883 betr. das Bundesgesetz über die Fischerei . . . . . 81

Seite

Nr. 60: Urtheil des Kantonsgerichts vom 2. October 1883 betr. Nachsteuerforderung . . . . . 86

**Aargau:** Nr. 25: Urtheil des Obergerichts vom 22. Dezember 1883 betr. Vermuthung der Zahlung aus Rückgabe des Schuldscheins . . . . . 22

Nr. 42: Urtheil desselben vom 17. Januar 1884 betr. Haftpflicht der Collectivgesellschaften . . . . . 52

**Thurgau:** Nr. 21: Urtheil des Obergerichts vom 29. Dezember 1883 i. S. Bauhart/Rüti betr. Haftung des Dienstherrn 16

Nr. 40: Entscheid der Rekurskommission des Obergerichts vom 15. Dezember 1883 i. S. Hubmann/Hubmann betr. einfache Gesellschaft . . . . . 49

Nr. 88: Urtheil des Obergerichts vom 28. April 1884 i. S. Häberli/Wagner betr. Schadenersatz . . . . . 122

**Waadt:** Nr. 28: Arrêt du tribunal cantonal du 15 janvier 1884 d. l. c. Isoz et Guillat/Geneyne conc. prescription 27

Nr. 30: Arrêt du même du 19 décembre 1883 d. l. c. Bastian/Parésod conc. nantissement (tradition feinte) . 29

Nr. 46: Arrêt du même du 11 décembre 1883 d. l. c. Bratschy/Moret conc. forme du protêt . . . . . 58

Nr. 68: Arrêt du même du 1 mai 1884 d. l. c. Chavan/Schindler conc. présomption de propriété . . . . . 97

Nr. 69: Arrêt du même du 25 mars 1884 d. l. c. Givel/Hubler conc. prescription, compensation . . . . . 98

Nr. 74: Arrêt du même du 20 mai 1884 d. l. c. Jaquillard/Rosat conc. contrat de louage de services . . . . 104

Nr. 76: Arrêt du même du 4 mars 1884 d l. c. Butticaz/Butticaz conc. hoirie envisagée comme société en nom collectif . . . . . 106

**Neuchâtel:** Nr. 27: Jugement du tribunal cantonal du 9 janvier 1884 d. l. c. Sévère Guyon/Claude Revein conc. compensation 26

Nr. 89: Arrêt du tribunal cantonal du 7 juillet 1884 d. l. c. H. Béguin/A. Jacot conc. dommages-intérêts (Art. 50, 51 C.-O.) . . . . . 124

**Genf:** Nr. 22: Jugement du tribunal civil du 22 février 1884 d. l. c. Protschi/Treyvaux conc. la responsabilité des maîtres vis-à-vis des ouvriers . . . . . 17

Nr. 31: Jugement du même du 25 janvier 1884 d. l. c. Naville/Cirio et Bordayron conc. droit de rétention . 31

Nr. 36: Jugement du même du 25 janvier 1884 d l. c. Baron/mariés Blank et Decollogny conc. bail à ferme. 43

Seite

Nr. 51: Jugement du tribunal de la justice de paix civile du 6 octobre 1883 d. l. c. Binder et Pauly/Reitz conc. terme pour le paiement d'une obligation née avant le 1 janvier 1883 . . . . . 65
Nr. 79: Jugement du tribunal de commerce du 20 mars 1884 d. l. c. Cottier et Matthey et Cie./Paris-Lyon-Méditerranée conc. transport par chemins de fer . . . . . 111
Nr. 90: Arrêt du même du 15 mai 1884 d. l. c. Franquebalme et fils/Berthoud fils conc. dommages-intérêts (Art. 50 C.-O.) . . . . . 125
Nr. 91: Arrêt de la cour de justice civile du 31 mars 1884 d. l. c. Penney/Pérusset conc. dommages-intérêts (Art. 50 et 55 C.-O.) . . . . . 127

# Inhaltsverzeichniss.

Seite

1. Beschwerde staatsrechtliche. Art. 59 Bundesrechtspflege 3
2. Weiterziehung an das Bundesgericht. Art. 29 Bundesrechtspflege . . . . . 3
3. Handlungsfähigkeit. Art. 29, 59 Bundesrechtspflege . 4
4. Handlungsfähigkeit . . . . . 4
5. Handlungsfähigkeit. Art. 1 Bundesgesetz betr. die Handlungsfähigkeit . . . . . 5
6. Ehescheidung . . . . . 5
7. Ehescheidung. Art. 47 Bundesgesetz über Civilstand und Ehe . . . . . 5
8. Ehescheidung. Art. 56 Bundesgesetz über Civilstand und Ehe . . . . . 6
9. Ehescheidung . . . . . 6
10. Ehescheidung. Art. 46 Bundesgesetz über Civilstand und Ehe . . . . . 7
11. Eisenbahntransport, Haftpflicht. Art. 30 Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen . . . . . 7
12. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Art. 2, 3 Haftpflichtgesetz . . . . . 7
13. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen . . . . . 8
14. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Art. 2 Haftpflichtgesetz . . . . . 8

Seite

15. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Art. 5 lit. b Haftpflichtgesetz . . . . . 9
16. Markenschutz. Art. 59 Bundesrechtspflege, Art. 22 Abs. 2 Markenschutzgesetz . . . . . 10
17. Markenschutz. Art. 28, 29 Bundesrechtspflege . . . 10
18. Gerichtsstand. Art. 59 Bundesverfassung . . . . . 11
19. Vertragsform. Art. 3 O.-R. (Schaffhausen) . . . . 11
20. Wesentlicher Irrthum bei Vertragsabschluss. Art. 18, 19 Ziff. 2, 4 O.-R. (St. Gallen) . . . . . 13
21. Haftung des Dienstherrn. Art. 50 O.-R. (Thurgau) . . 16
22. Responsabilité des maitres. Art. 50 C.-O. (Genève) . . 17
23. Haftung des Geschäftsherrn. Art. 62 O.-R. (Zürich) . 19
24. Erfüllungsort. Art. 84 O.-R. (Schaffhausen) . . . . 21
25. Vermuthung der Zahlung aus Rückgabe des Schuldscheins. Art. 104 O.-R. (Aargau) . . . . . 22
26. Compensation. Art. 116 Abs. 2, Art. 131, 138 O.-R. (St. Gallen) . . . . . 24
27. Compensation. Art. 131—138 C.-O. (Neuchâtel) . . . 26
28. Prescription. Art. 147 C.-O. (Vaud) . . . . . 27
29. Eigenthumsübertragung. Art. 199 O.-R. (St. Gallen) . 28
30. Nantissement. Art. 210, 392, 475 C.-O. (Vaud) . . 29
31. Droit de rétention. Art. 228, 294 C.-O. (Genève) . . 31
32. Retentionsrecht. Art. 294 Satz 1 O.-R. (Zürich) . . 34
33. Retentionsrecht. Art. 294 O.-R. (Schaffhausen) . . . 41
34. Retentionsrecht. Art. 294, 297 O.-R. (Bern) . . . . 42
35. Retentionsrecht. Art. 224, 887 O.-R. (Bern) . . . . 43
36. Bail à ferme. Art. 312 C.-O. (Genève) . . . . . 43
37. Dienstvertrag. Art. 343, 346 O.-R. (St. Gallen) . . 46
38. Haft der Gastwirthe. Art. 486 O.-R. (Baselstadt) . . 47
39. Wechselbürge. Art. 503 O.-R. (Bern) . . . . . 48
40. Einfache Gesellschaft. Art. 546 O.-R. (Thurgau) . . 49
41. Collectivgesellschaft. Art. 541, 558 O.-R. (Nidwalden) 51
42. Collectivgesellschaft. Art. 564, 568, 572 O.-R. (Aargau) 52
43. Wechselexecution. Art. 720, 886, 889 O.-R. (Bern) . 53
44. Wechselrecht. Art. 811 O.-R. (Baselstadt) . . . . 54
45. Wechselrecht. Art. 804, 806, 813, 772 O.-R. (St. Gallen) 56
46. Forme du protêt. Art. 814, 815, 804, 805, 882, 991 O.-R. (Vaud) . . . . . 58
47. Inhaberpapiere. Art. 846, 849 O.-R. (Zürich) . . . 60
48. Eintragung in's Handelsregister. Art. 865 O.-R. (Entscheide des Bundesrathes) . . . . . 62
49. Firmaschutz. Art. 868 O.-R. (Zürich) . . . . . 63

Seite

50. Société en commandite. Art. 870 C.-O. (Décision du conseil fédéral) . . . . . 64
51. Terme pour le paiement d'une obligation née avant le 1 janvier 1883 . . . . . 65
52. Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Art. 901 O.-R. (Zürich) . . . . . 67
53. Haftpflicht der Eisenbahnen. B.-G. vom 1. Juli 1875, Art. 2 (Zürich) . . . . . 67
54. Transport auf Eisenbahnen. B.-G. vom 20. März 1875, Art. 54, 36 Abs. 3 (Baselstadt) . . . . . 73
55. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. B.-G. vom 25. Juni 1881, Art. 6 (Schaffhausen) . . . . . 76
56. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. B.-G. vom 25. Juni 1881, Art. 2, 5 a, 6 b (Baselstadt) . . . . . 79
57. Fischerei. B.-G. vom 18. September 1875, Art. 6 (St. Gallen) . . . . . 81
58. Jagd und Vogelschutz. B.-G. vom 17. October 1875, Art. 21 (Schaffhausen) . . . . . 83
59. Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. § 3 (Bern) . . . . . 85
60. Nachsteuerforderungsrecht aussercantonaler Steuercorporationen (St. Gallen) . . . . . 86
61. Weiterziehung an das Bundesgericht . . . . . 89
62. Zeitliche Anwendung des O.-R. Art. 882 O.-R. . . . 90
63. Dingliche Rechte an beweglichen Sachen. Art. 199 ff. O.-R. 91
64. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Art. 1 Haftpflichtgesetz . . . . . 93
65. Gerichtsstand. Art. 59 B.-V. . . . . 94
66. Geschäfts- oder Zweigniederlassung . . . . . 95
67. Konkordate in Konkurssachen . . . . . 96
68. Présomption de propriété. Art. 199 C.-O. (Vaud) . . 97
69. Prescription, Compensation. Art. 882, 138 C.-O. (Vaud) 99
70. Compensation. Art. 131, 882 O.-R. (Schwyz) . . . 100
71. Compensation. Art. 131, 132, 139 O.-R. (Zürich) . . 101
72. Miethe. Art. 122, 277 O.-R. (Bern) . . . . . 102
73. Retentionsrecht des Vermiethers. Art. 294 O.-R. (Zürich) 104
74. Dienstvertrag. Art. 346 O.-R. (Vaud) . . . . . 104
75. Bürgschaft. Art. 502, 503 O.-R. (Zürich) . . . . 105
76. Collectivgesellschaft. Art. 552 O.-R. (Vaud) . . . . 106
77. Chèque. Art. 832 C.-O. (Berne) . . . . . 108
78. Transport auf Eisenbahnen. B.-G. vom 20. März 1875, Art. 1 Ziff. 2, Art. 23, Art. 45. Transportreglement vom 9. Juni 1876, § 126 Ziff. 1 u. 2, § 98, § 99, § 100 (Baselstadt) . . . . . 108

Seite

79. Transport par chemins de fer. Loi fédérale du 20 mars 1875, Art. 32. Règlement de transport, Art. 124 (Genève) . . . . . 111
80. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Competenz des B.-G. . . . . 113
81. Dasselbe. Begriff des Haupturtheils . . . . . 113
82. Prorogation auf das Bundesgericht . . . . . 114
83. Schluss des Vorverfahrens in Expropriationsstreitigkeiten. Art. 170 B.-Ges. v. 22. Nov. 1850 . . . . . 114
84. Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit. B.-Ges. v. 22. Juni 1881 . . . . . 115
85. Zeitliche Anwendung des eidg. O.-R. Werthpapiere. O.-R. Art. 882 u. 105 . . . . . 115
86. Begriff des Causalzusammenhangs . . . . . 118
87. Unsittliche Leistung. Art. 17 O.-R. (Zürich) . . . . 121
88. Schadenersatz. Art. 50 O.-R. (Thurgau) . . . . . 122
89. Dommages-intérêts. Art. 51 C.-O. (Neuchâtel) . . . 124
90. Dommages-intérêts. Art. 50 C.-O. (Genève) . . . . 125
91. Dommages-intérêts. Art. 50, 55 C.-O. (Genève) . . . 127
92. Schadenersatz. Art. 65, 51 O.-R. (Zürich) . . . . 128
93. Wechselrechtliche Execution gegen Procuristen. Art. 422, 720 O.-R. (Zürich) . . . . . 129
94. Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel. Art. 2 (Baselland) . . . . . 130
95. Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. Art. 21 (Zürich) . . . . . 132

G.J.C.
3/2/10

36

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

III. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

IIIe Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1885.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

III. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

IIIe Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1885

MAR 8 1910

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Berechnung des Streitwerthes bei objektiver Klagenhäufung. Sind Ansprüche aus dem Markenschutzgesetze vermögensrechtlicher Natur? Verfahren bei Vollziehung bundesgerichtlicher oberinstanzlicher Urtheile.*

1) Ansprüche aus dem Markenschutzgesetze sind vermögensrechtliche und sind daher ihrer Natur nach einer, wenn auch nur annähernden, Schätzung in Geld fähig. Das B.-G. ist somit nur dann kompetent, wenn der Streitwerth den Betrag von mindestens 3000 Fr. erreicht. Betreffen die klägerischen Begehren mehrere verschiedene Marken, so muss der Streitwerth rücksichtlich jedes einzelnen Anspruchs vorhanden sein, indem in solchem Falle eine objective Klagenhäufung vorliegt und nach dem, beim Mangel einer anderweitigen Bestimmung analog zur Anwendung kommenden, Art. 42 der eidg. C. P. O. eine Zusammenrechnung des Streitwerthes der verbundenen Ansprüche nicht statthaft ist. [1])

2) Für das Verfahren bei Vollziehung von Urtheilen, welche das B.-G. gemäss Art. 29 und 30 des Organis.-Ges. als Oberinstanz gefällt hat, sind in erster Linie die Bestimmungen des kantonalen Rechtes massgebend, wobei jedoch auch das verfassungsmässige Aufsichtsrecht des Bundesrathes Platz greifen mag. Allein darin liegt kein Grund, die oberinstanzliche Kompetenz des Bundesgerichtes in Betreff von Streitigkeiten, welche bei Vollziehung derartiger Urtheile über die materiellen Voraussetzungen der Vollstreckung, d. h. den materiellen Inhalt und die Auslegung eines bundesgerichtlichen Urtheils entstehen, zu verneinen, sofern nur im Uebrigen die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Zuständigkeit gemäss Art. 29 Organis.-Ges. gegeben sind, d. h. sofern es sich um Anwendung des eidg. Rechtes handelt, der gesetzliche Streitwerth vorliegt und die Sache von den kantonalen

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. III, S. 176.

Gerichten durch Haupturtheil entschieden worden ist. (Entsch. vom 14. Novbr. 1884 i. S. Suchard c. Maestrani.) [1])

---

2. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerthes als Voraussetzung der Weiterziehung. Bestimmung des Werthes des Streitgegenstandes resp. des streitigen Betrages.*

Als streitiger Betrag ist der Werth derjenigen Leistung zu betrachten, welchen der Kläger von dem Beklagten vor der letzten kantonalen Instanz gefordert und dieser anzuerkennen sich geweigert hat. Dabei kommt nichts darauf an, ob der Beklagte im Falle des Obsiegens in die Rechte des Klägers, welche demselben gegen einen Dritten zustehen, eintritt. Wenn daher der Kläger in der letzten kantonalen Instanz sein ursprüngliches, eine Forderung von mehr als dreitausend Franken beschlagendes, Rechtsbegehren festgehalten hat, trotzdem ihm zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Urtheil von dem Dritten ohne Wissen des Beklagten eine Zahlung zugekommen ist, durch welche die Forderung auf einen Betrag unter 3000 Fr. reduzirt wurde, so ist bezüglich des Streitwerthes die Voraussetzung, unter welcher das kantonale Urtheil an das B.-G. gezogen werden kann, vorhanden. (Entsch. vom 6. Septbr. 1884 i. S. Schlieper c. Waadtl. Kantonalbank; A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. X S. 370 ff.)[2])

---

[1]) Dieser Entscheid beschlägt das in der amtl. Samml. d. b.-g. Entschd. Bd. X. S. 286 ff. abgedruckte Urtheil. Maestrani hatte nach Erlass dieses Urtheils die auf der Verpackung seiner Chocolade angebrachte aberkannte Marke dadurch beseitigt, dass er über dieselbe eine neue Marke resp. Bestandtheile derselben klebte. Suchard trat nun neuerdings klagend auf und verlangte, gestützt auf das Urtheil vom 29. Septbr. v. J., dass dem Beklagten der Gebrauch der durch Ueberklebung hergestellten neuen Marke untersagt werde. Hiegegen wurde von M. eingewendet, dieses Begehren beschlage lediglich die Execution des frühern bundesgerichtl. Urtheils, eigne sich daher nicht als Gegenstand eines selbständigen Civilprozesses. Die kantonalen Gerichte hatten jedoch diese Einwendung stillschweigend verworfen. — Siehe auch unten N°. 12.

[2]) Im concreten Falle hat S. als Direktor einer Aktiengesellschaft einen Check für Fr. 3500 ausgestellt, welcher unbezahlt geblieben war. S. wurde darauf, nachdem die Aktiengesellschaft inzwischen in Konkurs gerathen war, persönlich für die Checksumme belangt und ihm dabei in der Klage die Abtretung der Rechte gegen die Aktiengesellschaft offerirt. Nach dem erstinstanzlichen Urtheile, jedoch vor der zweitinstanzlichen Verhandlung, hatte Kläger aus dem Konkurse der Akt.-Ges. eine Zahlung von Fr. 700 erhalten, derselben aber vor der zweiten Instanz nicht erwähnt, sondern davon erst nach Erlass des zweitinstanzlichen Urtheils dem Beklagten Mittheilung gemacht. Siehe unten N°. 10.

3. *Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten. Inkompetenz des Bundesgerichtes zur Entscheidung der nach kantonalem Rechte zu entscheidenden Streitpunkte. Enthält die Geltendmachung eines Faustpfandrechtes Art. 210 ff. O. R. auch diejenige eines Retentionsrechtes, Art. 224 ff. O. R.*

Wenn ein Anspruch auf mehrere Klagegründe d. h. Rechtsverhältnisse gestützt werden kann, so entscheidet das kantonale Prozessrecht, ob und bezwse. unter welchen Voraussetzungen ein Klagegrund, welcher vor erster Instanz nicht geltend gemacht worden ist, vor zweiter kantonaler Instanz noch vorgebracht werden kann. Wenn daher die kantonale Oberinstanz das Eintreten auf einen erst vor ihr geltend gemachten Klagegrund wegen verspäteten Vorbringens ablehnt, so kann hierüber beim B.-G. Beschwerde nicht geführt werden, weil es sich nicht um eine nach eidg. Privatrecht zu entscheidende Frage, sondern um eine solche des kantonalen Prozessrechtes handelt.

Ist daher das Begehren, dass eine Konkursansprache in die Klasse der versicherten Forderungen locirt werde, vor erster Instanz bloss auf ein dem Ansprecher angeblich zustehendes vertragliches Faustpfandrecht, vor zweiter Instanz dagegen (wenn auch ohne Aenderung des historischen Klagefundamentes) noch auf ein gesetzliches Retentionsrecht gestützt worden und hat die zweite Instanz die Berücksichtigung dieses neu vorgebrachten Klagegrundes aus dem angeführten prozessualischen Grunde verweigert, so ist eine Beschwerde hierüber beim B.-G. unzulässig. Denn die — in concreto aufgestellte — Behauptung, dass die Geltendmachung eines Faustpfandrechtes diejenige des Retentionsrechtes in sich schliesse, ist unrichtig. Beide Rechte sind vielmehr sowohl in ihren Thatbeständen, d. h. bezüglich der Thatsachen, welche zu ihrer Entstehung führen, als in ihren Wirkungen verschieden; §§. 210 ff., 224 ff. O. R. (Entsch. vom 18. Oktober 1884 i. S. Gruner-Haller c. Berner Handelsbank.) [1])

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III, S. 192 ff., S. 197.— Die Begründung des obergerichtlichen Urtheils ging dahin: „Vom Bestehen eines Retentionsrechtes ... ist weder in der bezüglichen Ansprache, noch in den Prozessakten irgend welche Erwähnung gethan, und darf mithin auf diesen erst heute geltend gemachten eventuellen Standpunkt nicht eingetreten werden.“ Wenn es auch im Urtheile nicht ausdrücklich gesagt ist, so wird doch angenommen werden müssen, dass das O.-G. in dem event. Standpunkte eine unzulässige Verstärkung resp. Aenderung des Klagegrundes erblickte; vgl. bern. C. P. O., Satz. 134, Ziff. 4 und 5.

4. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten. Inkompetenz des Bundesgerichtes zur Beurtheilung der nach kantonalem Rechte zu entscheidenden Streitpunkte. Rechte einer Geldstagsmasse zur Geltendmachung der dem Kridar zustehenden Forderungen.*

Da für die Fragen, ob eine Nachgeldsmasse legitimirt sei, Forderungen des Kridars einzuklagen, und ob ein Lotteriegewinn zur Masse gezogen werden könne, ausschliesslich das kantonale Recht massgebend ist, so ist das B.-G. zur Nachprüfung solcher Entscheide der kantonalen Gerichte nicht kompetent. (Entsch. vom 11. Oktober 1884 i. S. Hasler c. Nachgeldstagsmasse Knuchel.) [1])

---

5. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Kompetenz des Bundesgerichts in Streitsachen, welche bloss theilweise nach eidg. Rechte zu entscheiden sind.*

Siehe unten Nro. 8.

---

6. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Voraussetzungen einer vom Bundesgericht anzuordnenden Aktenvervollständigung. Begehren um Anordnung einer Oberexpertise und um Abnahme eines Gegenbeweises mit Bezug auf eine vom kantonalen Richter festgestellte Thatsache.*

1. Da nach Art. 30 des B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege das B.-G. an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand gebunden und zu Anordnung einer Aktenvervollständigung nur dann befugt ist, wenn die kantonalen Gerichte Beweise über erhebliche Thatsachen wegen Unerheblichkeit des Beweisthemas abgelehnt haben [2]), so kann beim B.-G. über Verweigerung der Anordnung einer Oberexpertise durch die kantonalen Instanzen Beschwerde nicht geführt werden, mag die Verweigerung sich auf die prozessualische Unstatthaftigkeit des Begehrens oder darauf stützen, dass die Anordnung einer Oberexpertise in concreto überflüssig sei. (Entsch. vom 19. Septbr. 1884 i. S. Huber gegen Stöcklin & Cie; a. S. d. b.-g. E. X 354 Erw. 2.)

2. Ebenso ist ein Aktenvervollständigungsgesuch unstatthaft, welches lediglich auf Zulassung eines Gegenbeweises gerichtet ist, welchen das kantonale Gericht desshalb ver-

---

[1]) Siehe unten N°. 9.

[2]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. III, S. 201 ff.

worfen hat, weil es den entgegenstehenden Hauptbeweis als erbracht ansah. (Entsch. vom 11. Oktbr. 1884 i. S. Hasler c. Nachgeldstagsmasse Knuchel.)

---

7. *Art. 50 und 55 O. R. Begriff des Schadens; ist darunter nur Vermögensschaden zu verstehen? Kreditschädigung.*

Unter „Schaden" im Sinne des Art. 50 ff. O. R. ist nicht bloss ein Vermögensschaden, sondern wie insbesondere aus Art. 54 und 55 ibidem hervorgeht, auch eine Verletzung der Person an ihrer Ehre, Freiheit und Körper, abgesehen von deren nachtheiligen Wirkungen auf das Vermögen, zu verstehen. Insbesondere fällt darunter (Art. 50 und 55 ibidem) auch die Kreditschädigung durch Behauptung oder Verbreiten von unwahren Thatsachen, welche den Kredit einer Person ernstlich zu gefährden geeignet sind. In solchem Falle kann daher nach der citirten Gesetzesstelle auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens dem Verletzten eine angemessene Geldsumme als Genugthuung zugesprochen werden. (Entsch. i. S. Jacot c. Béguin, vom 17. Oktbr. 1884.)[1])

---

8. *Art. 50, 62 und 64 O. R. Haftpflicht von Staat und Gemeinden für den von ihren Beamten oder Angestellten in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachten Schaden. Gesetzgebungsgewalt der Kantone. Anwendbarkeit der Bestimmungen des eidg. O. R.*

Das eidg. O. R. statuirt eine Verantwortlichkeit juristischer Personen nur für die gewerblichen Verrichtungen ihrer Beamten und Angestellten (Art. 62 Abs. 2 und Art. 64) und überlässt es dagegen ganz den kantonalen Gesetzgebungen, eine Haftpflicht des Staates oder der Gemeinden für Schaden, welchen ihre Beamten in Ausübung anderer amtlicher Verrichtungen verursachen, aufzustellen. Es beruht daher auf einer unrichtigen Auffassung der Bestimmungen des eidg. O. R., wenn ein kantonales Gericht in solchen Fällen die Haftpflicht der Gemeinden aus Art. 50, welcher sich

---

[1]) Dieser Entscheid beschlägt den in Bd. II, S. 124 N°. 89 dieser Revue abgedruckten Fall. Das kantonale Urtheil war vom Beklagten an das B.-G. weitergezogen worden, und es hatte sich Kläger bei der b.-gerichtl. Verhandlung dem Rechtsmittel angeschlossen. Obschon das B.-G. die Begründung der kantonalen Gerichte nicht adoptirte, bestätigte es das Urtheil derselben, da sich nicht ergebe, dass der kantonale Richter in Bezug auf die Grösse der Entschädigung sich einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes auf die festgestellten Thatsachen schuldig gemacht habe.

überall nicht auf die Verantwortlichkeit juristischer Personen bezieht, herleitet.

Dagegen gestattet Art. 64 Abs. 1 O. R., dass die kantonalen Gesetzgebungen über die Ersatzpflicht für Schaden, welchen öffentliche Beamte oder Angestellte in Ausübung ihrer amtlichen nichtgewerblichen Verrichtungen verursachen, abweichende Vorschriften aufstellen, und es gehen sonach die kantonalen Gesetzesbestimmungen, welche solche, von denjenigen des eidg. O. R. abweichende Vorschriften enthalten, den letztern vor, so dass die eidg. Bestimmungen nur insofern Platz greifen, als das kantonale Gesetz nichts anders verfügt. Zu diesen Vorschriften, welche der kantonalen Gesetzgebung anheimgestellt sind, gehören nun auch solche, wodurch der Staat oder die Gemeinden für den von ihren Beamten oder Angestellten bei Ausübung ihrer amtlichen — nicht in Art. 62 und Art. 64 Abs. 2 bezeichneten — Verrichtungen verursachten Schaden haftbar erklärt werden. Ob eine solche gesetzliche Haftpflicht des Staates oder der Gemeinden in einem Kanton bestehe, kann das B.-G. als Oberinstanz in Civilsachen nicht untersuchen, sondern es haben darüber gemäss Art. 29 Organ.-Ges. ausschliesslich die kantonalen Gerichte[1]) zu entscheiden. Wird die Existenz der Haftpflicht nach kantonalem Rechte aber von diesen Gerichten bejaht, so kommen, soweit die kantonale Gesetzgebung nicht auch in diesen Richtungen abweichende Grundsätze aufstellt, bezüglich des zu vertretenden Verschuldens und der Art und Grösse des Schadenersatzes, die Vorschriften des eidg. O. R. Art. 50 f., zur Anwendung und ist daher insoweit das B.-G. als Oberinstanz in Civilstreitigkeiten zur Beurtheilung einer solchen Schadenersatzklage gegen Staat oder Gemeinden kompetent.[2]) (Entsch. vom 12. Septbr. 1884 i. S. Wicht c. Kanton Freiburg und Cons.)

---

9. *Art. 515, 516 und 524 ff. O. R. Gesellschaftsvertrag zum Zwecke gemeinsamen Lotteriespiels in einer ausländischen Lotterie. Klage auf Theilung des von einem Gesellschafter eingezogenen Gewinnes. Einrede der Unzulässigkeit einer solchen Klage wegen Unklagbarkeit der Lotteriegeschäfte.*

H. und R. hatten sich gemeinschaftlich mit einem direkt aus Hamburg bezogenen Loose bei der Klassenlotterie der

---

[1]) Ausgenommen den Fall, wo eine solche Streitigkeit gemäss Art. 27 Ziff. 4 des Organis.-Ges. direct an's B.-G. gebracht wird.

[2]) Vgl. diese Revue Bd. II S. 113, N°. 80 und S. 115, N°. 84, ferner Hafner, Ausgabe des schweiz. O. R. Art. 64 N°. 1.

Stadt Hamburg betheiligt. Bei den drei ersten Ziehungen gingen sie leer aus, dagegen fiel bei der vierten Ziehung auf das Loos ein Gewinn von 15000 Mark, welchen H. einkassirte. Der Klage des R. resp. dessen Konkursmasse [1]) setzte H. die Einrede entgegen, R. habe bei der vierten Ziehung nicht mehr mitgespielt, und eventuell, eine Klage auf einen Lotteriegewinn sei nach Art. 512 ff. in Verbindung mit Art. 17 O. R. nicht statthaft. Die erste Einrede war vom kantonalen Richter rechtskräftig verworfen worden; über die zweite sprach sich das B.-G. folgendermassen aus: „Da der Vertrieb der hamburgischen Loose im Kanton Solothurn nicht gestattet ist, so ist nach Art. 515 und 516 O. R. klar, dass aus einem mit Organen jener Lotterieunternehmung abgeschlossenen Lotterievertrage in der Schweiz nicht geklagt werden könnte. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Klage aus Gesellschaftsvertrag. Zwischen den Litiganten bestand eine einfache Gesellschaft zum Zwecke des gemeinsamen Lotteriespiels, d. h. des gemeinsamen Erwerbes eines Forderungsrechtes gegen die Lotterieunternehmung und gemeinsamer Realisirung desselben. Dieser Vertrag ist weder ein unsittlicher, noch ein widerrechtlicher, noch auf einen unmöglichen Zweck gerichtet, indem in letzterer Hinsicht nichts dafür vorliegt, dass ein Lotterievertrag mit der hamburgischen städtischen Klassenlotterie in Hamburg nicht als civilrechtlicher vollwirksamer Vertrag anerkannt werde. Im fernern steht nicht fest, dass im Kanton Solothurn der directe Bezug von Loosen aus dem Ausland verboten und strafbar sei. Ebenso involvirt der Erwerb von Lotterieloosen weder nach allgemeiner Rechtsüberzeugung, noch nach der Anschauung des Gesetzgebers eine Unsittlichkeit. Ob ein solcher Gesellschaftsvertrag auch in der Richtung klagbar wäre, dass aus demselben von einem Gesellschafter gegen den andern auf Zahlung des Einsatzes geklagt werden könnte, oder ob einer derartigen Klage die Art. 514 und 515 O. R. entgegenstünden, kann dahingestellt bleiben; denn es handelt sich hier um eine Klage auf Theilung des gemeinsam erzielten, auf das in gemeinsamem Eigenthum gestandene Loos gefallenen Gewinnes. In dieser Richtung aber dem Vertrage die Klagbarkeit zu versagen, liegt gar kein Grund vor. Denn den Erwerb eines gemachten Lotteriegewinnes verbietet kein Gesetz, und es ist klar, dass wenn ein solcher Gewinn von mehreren Gesellschaftern gemeinsam erzielt worden ist, der-

[1]) Siehe oben N°. 4.

jenige Theilhaber, der zufällig in den Besitz desselben gelangt, sich das Empfangene nicht vertragswidriger Weise und wider Treu und Glauben ausschliesslich zueignen darf. (Entsch. vom 11. Oktbr. 1884 i. S. Hasler c. Knuchel'sche Nachgeldstagsmasse.)

---

10. *Art 830 und 837 O. R. Wesentliche Erfordernisse des Checks. Folgen des Mangels eines solchen Erfordernisses. Wer ist als Aussteller eines vom Direktor einer Aktiengesellschaft unter deren Firma gezeichneten Checks zu betrachten? Haft des Direktors bei Protest des Checks mangels vorhandener Deckung beim Bezogenen.*

1. Eine Schrift, welche nicht die Bezeichnung „Check" trägt, ist kein Check und finden daher die Art. 830—837 O. R. auf dieselbe keine Anwendung; Art. 830, 836 und 725 O. R.

2. Soweit die Form eines Checks in Frage steht, ist der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses auch im ordentlichen Prozesse von Amtswegen zu prüfen, so dass beim Vorhandensein eines solchen Mangels die Klage selbst dann abgewiesen werden muss, wenn der Beklagte den auf Abweisung gerichteten Antrag nicht auf diesen Grund gestützt hat. [1])

3. Als Aussteller eines vom Direktor einer Aktiengesellschaft innerhalb der Grenzen seiner Vollmacht unter der Gesellschaftsfirma gezeichneten Checks erscheint nicht der Direktor, sondern die Gesellschaft, Art. 830, Ziff. 3 und Art. 654 O. R. Wenn daher der Check mangels Zahlung protestirt wird, so können die Rechte aus Art. 836 und 837 O. R. [2]) nicht gegen den Direktor, sondern nur gegen die Gesellschaft ausgeübt werden.

---

[1]) Vgl. Wächter, Encyklopädie des Wechselrechts Bd. II, S. 668, § 45, Reichswechselrecht S. 180; Dernburg, Lehrbuch des preuss. Priv.-Rechts Bd. II (3. Aufl.) S. 802 und Hartmann, Wechselrecht S. 178.

[2]) Die kantonalen Gerichte und die Parteien hatten im vorliegenden Falle angenommen, unter dem „verursachten Schaden", dessen Ersatz Art. 837 dem Inhaber des Checks zuspricht, sei die nicht bezahlte Checksumme zu verstehen. Dies ist wohl unrichtig. Die Checksumme schulden Aussteller und Indossanten schon sowohl als Bestandtheil der Regresssumme aus der Zeichnung des Checks (Art. 836 in Verbindung mit Art. 726, 732 und 808 O.-R.), als auch aus dem der Ausstellung bezw. Indossirung des Checks unterliegenden Rechtsverhältnisse. Der „Schaden", von welchem Art. 837 spricht, kann daher wohl nur der wegen nicht rechtzeitig erfolgter Zahlung dem Inhaber entstandene Schaden sein. Da nun nach Art. 836 O.-R. dem Inhaber des protestirten Checks ein dem Wechselregressanspruch ähnlicher Regressanspruch zusteht, so erscheint in dem Falle, wo der Inhaber den Checkregress nimmt, der Schadenersatz

Eine Klage gegen den zeichnenden Direktor[1]) ist (abgesehen von einer besondern vertraglichen Verpflichtung desselben) nur als Schadensersatzklage unter den Voraussetzungen und nach Massgabe des Art. 50 f. O. R. statthaft, sie erfordert daher den Nachweis eines Verschuldens des Direktors und eines dadurch dem Nehmer resp. Inhaber des Checks verursachten Schadens. (Entsch. vom 6. Sptbr. 1884 i. S. Schlieper c. Waadtl. Kantonalbank; a. S. d. b.-g. E. X 370 ff.)

---

11. *Art. 22 des Markenschutzgesetzes. Ist auch eine Etikette als schutzfähige Marke zu betrachten? Bedeutung der Eintragung einer Marke für die Frage ihrer Schutzfähigkeit.*

Das eidg. Markenschutzgesetz kennt einen Schutz der Etiketten als solcher, d. h. der auf Waaren oder deren Verpackung angebrachten Aufschrift oder der Verpackung resp. einer originellen Form derselben nicht. Demnach kann ein für die Verpackung von Waaren gebrauchtes etikettirtes Band, das auf alle 4 Seiten von Tabakpaketen geklebt wird, bei welchem die darauf enthaltenen Angaben und Zeichnungen gar kein einheitliches Gesammtbild geben,[2]) in seiner Gesammtheit nicht als ein schutzfähiges Waarenzeichen anerkannt werden. Dass die Etikette in ihrem ganzen Umfange

---

gesetzlich fixirt, indem er, wie beim Wechsel, ausser dem Ersatze der Protestkosten nebst andern Auslagen in Vergütung von 6% jährlicher Zinsen und 1/8% Provision besteht, Art. 768 O.-R. Der Inhaber des Checks ist aber nicht gezwungen, die Checkregressklage anzustellen, sondern er kann auch die ursprüngliche Forderung, zu deren Tilgung der Check ausgestellt resp. hingegeben worden ist, einklagen und in diesem Falle den ihm durch die nicht rechtzeitig erfolgte Zahlung entstandenen Schaden besonders liquidiren. Im einen wie im anderen Falle schuldet aber der Aussteller, sofern der Check mangels vorhandener Deckung protestirt worden ist, überdies die Privatstrafe von 5% der angewiesenen Summe, Art. 837 O.-R.

[1]) Siehe oben N°. 2.

[2]) Die eingetragene Marke stellte sich als ein in 4 Felder eingetheiltes Band dar. In der Mitte stehen die Worte „Usines hydrauliques pour la fabrication des tabacs à Boncourt (Suisse) et à St. Croix-aux-Mines (Alsace); links davon die Angabe „Virginie fin, 10 Centimes les 50 grammes" und daneben ein leeres schraffirtes Feld; rechts die Firma F. I. Burrus und daneben in schraffirtem Felde ein Löwe in rundem Schilde mit der Umschrift: „Marque de fabrique déposé." Dieses Band wird derart um die Tabakpakete geklebt, dass auf die eine Langseite die Bezeichnung Usines hyd. etc., auf die entgegengesetzte Langseite das Bild des Löwen zu stehen kommt, während auf den beiden Schmalseiten sich die anderen Inschriften befinden. Das B.-G. nahm an, dass den gesetzlichen Schutz nur die Firma F. I. Burrus und die Löwenmarke geniessen; diese waren aber vom Beklagten unbestrittenermassen nicht nachgeahmt worden.

in das Markenregister eingetragen worden ist, ändert hieran nichts; denn wenn auch allerdings der Registerbehörde eine Prüfung der äussern Beschaffenheit der angemeldeten Zeichen auf ihre gesetzliche Zulässigkeit hin obliegt, so kommt doch ihrer Entscheidung über die Zulässigkeit der Eintragung nur die Bedeutung einer vorläufigen, den Prozessrichter nicht bindenden causæ cognitio zu. (Entsch. v. 3. Oktbr. 1884 i. S. Burrus c. Trueb.)

12. *Art. 18 und 22 des Markenschutzgesetzes. Vernichtung der widerrechtlich angefertigten Marken und der Waarenverpackungen u. s. w. Zweck, Art und Voraussetzungen derselben.*[1])

1. Die Beschlagnahme und Vernichtung von Waarenverpackungen und Waarenvorräthen, welche mit widerrechtlich angefertigten Marken bezeichnet sind, ist keineswegs die gesetzliche und nothwendige Folge eines Urtheils, durch welche der Gebrauch dieser Marke untersagt worden ist, sondern dieselbe soll nach Art. 22 des Markenschutzgesetzes nur „wenn nöthig" angeordnet werden und ist daher von einer ausdrücklichen Bestimmung des Urtheils abhängig.

2. Die Vernichtung der Marken, Waarenverpackungen u. s. w. ist keine Nebenstrafe, sondern eine im Interesse des Berechtigten zur Sicherstellung seines Markenrechtes gegen zukünftige Störungen getroffene Massnahme, da sie selbst im Falle der Freisprechung, also bei schuldloser Verletzung des Markenrechtes angeordnet werden soll. Dieselbe kann daher nach dem Markenschutzgesetze, Art. 18 ff., wie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht bloss in einem pendenten Civil- oder Strafprozesse, sondern auch mittelst selbstständiger Civilklage verlangt werden.

3. Der Zweck des Vernichtens der Marken ist, den Gebrauch derselben für die Zukunft zu verhindern. Dieser Zweck kann nicht bloss durch Beschlagnahme und Vertilgung der Marken oder Waarenverpackungen, auf welcher sie angebracht sind, sondern auch durch andere Mittel, wie Ueberdrucken, Uebermalen, Ueberkleben u. s. w. erreicht werden, und es ist daher auf definitive[2]) Beschlagnahme und Vertilgung der Marken und der Verpackungen nur insofern zu erkennen, als eine andere völlig sichernde Auslöschung der Marke nicht

[1]) Siehe auch oben N°. 1.

[2]) Im Gegensatze zu der mittelst vorsorglicher Verfügung anzuordnenden provisorischen Beschlagnahme während der Dauer des Prozesses, Art. 21 des Markenschutzgesetzes.

möglich ist. Ob im speziellen Falle das Ueberkleben einer aberkannten Marke auf der Verpackung in einer hinlängliche Gewähr darbietenden Art verrichtet worden sei, d. h. ob das Ueberkleben in solcher Weise stattgefunden habe, dass ein Wiederzutagetreten der alten Marke als ausgeschlossen erscheine, ist eine Thatfrage, hinsichtlich welcher das Bundesgericht an den Entscheid der kant. Gerichte gemäss Art. 30 Organis.-Ges. gebunden ist. (Entscheid vom 14. November 1884 i. S. Suchard c. Maestrani.)

---

13. *Art. 6, 8 und 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Bemessung der Entschädigung. Inwiefern ist der Fabrikherr berechtigt, die Zahlung der Heilungskosten aus dem Grunde abzulehnen, weil dieselben von einer Krankenkasse getragen worden seien? Erkennung auf den Vorbehalt des Art. 8 von Amteswegen.*

1. Aus Art. 6 kann nicht gefolgert werden, dass bei Ausmessung der Entschädigungen aus Fabrikhaftpflicht das Entschädigungsmaximum in der Art zu Grunde zu legen sei, dass der Schadenersatz jeweilen auf eine dem gesetzlichen, für die schwersten Fälle geltenden, Maximum entsprechende Summe fixirt werden müsse. Daraus, dass das Gesetz, im Interesse des Schutzes der Industrie, die Haftpflicht in durchaus singulärer Weise beschränkt, folgt nur, dass der Fabrikant für Schäden, welche das gesetzliche Maximum übersteigen, insoweit nicht einzustehen hat, als letzteres der Fall ist. Innerhalb der gesetzlichen Grenze der Verantwortlichkeit hat der Fabrikherr für den wirklich entstandenen Schaden zu haften und keineswegs eine bloss in arbiträrer Weise proportional dem Entschädigungsmaximum ausgemittelte Geldsumme zu bezahlen.

Nur in denjenigen Fällen, wo der Unfall durch einen Zufall herbeigeführt wurde, ist nach § 5 lit c. des Gesetzes auch innerhalb des gesetzlichen Maximums nicht der gesammte entstandene Schaden vom Fabrikherrn zu tragen, sondern hat unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls eine „billige Reduktion" der Ersatzpflicht desselben Platz zu greifen.

2. Auf den in Art. 8 erwähnten Vorbehalt kann von Amteswegen erkannt werden; es darf aber durch denselben der vom Fabrikherrn von vornherein anerkannte Entschädigungsbetrag nicht mehr in Frage gestellt werden.

3. Nach Art. 9 kann der Fabrikherr die Pflicht zum

Ersatze der Heilungskosten desshalb, weil dieselben durch eine Krankenkasse vergütet worden seien, nur dann ablehnen, wenn er bei der betreffenden Versicherung durch Leistung von Beiträgen mitgewirkt hat. (Entsch. vom 19. September 1884 i. S. Huber gegen Stöcklin & Cie.; a. S. d. b.-g. E. X. 353 f.)

14. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen von Personen. Begriff der höhern Gewalt. Bedeutung der Barrieren bei Strassenübergängen.*

Als das Einspännerfuhrwerk des Klägers — zur Nachtzeit — nicht mehr weit von einem nicht beleuchteten Bahnübergange entfernt war, näherte sich plötzlich ein Eisenbahnzug; infolge des Geräusches und der Lichter der Lokomotive wurde das Pferd des Klägers scheu, ging, trotz der Bemühungen des Klägers es zu halten, durch und durchbrach im schärfsten Galopp gegen dieselbe anprallend die zwar geschlossene und vom Bahnwärter ordnungsmässig bediente, aber aus morsch gewordenem Holze bestehende Barriere, so dass Fuhrwerk und Lokomotive zusammenstiessen, wobei Kläger und sein Pferd erheblich verletzt und die Chaise zertrümmert wurde.

Der auf Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes gestützten Schadensersatzklage stellte die Eisenbahngesellschaft die Einreden des Selbstverschuldens und der höhern Gewalt entgegen. Beide Einreden wurden vom Bundesgerichte verworfen, diejenige der höhern Gewalt unter folgender Ausführung: „der Begriff der höhern Gewalt ist weder im Eisenbahnhaftpflichtgesetze noch in andern Bundesgesetzen, welche ihn verwerthen,[1]) definirt. Soviel ist indess unbestreitbar, dass unter den Begriff der „höhern Gewalt“ nicht jedes zufällige dem Haftpflichtigen nicht zum Verschulden anzurechnende schädigende Ereigniss fällt, sondern dass derjenige, der bis zur höhern Gewalt haftet, in gewissem Umfange auch für den Zufall einzustehen hat. Bestreitbar und bestritten ist dagegen, wie weit diese Haftung für den Zufall reiche. Von der einen Seite wird als höhere Gewalt jeder, oder doch jeder von aussen kommende, schädigende Zufall bezeichnet, welcher auch durch die äusserste unter den obwaltenden Verhältnissen denkbare Sorgfalt und Anstrengung, durch alle den Umständen angemessenen, vernünftiger Weise

[1]) Art. 23, 24 und 53 des Eisenbahntransportges.; Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes; Art. 181, 318, 457, 458, 486, 488, 813 O.-R.

ausführbaren und zu erwartenden Vorsichtsmassregeln nicht abgewendet werden konnte. Von andrer Seite dagegen wird der Begriff der höhern Gewalt objectiver und enger gefasst und werden darunter nur solche von aussen kommende schädigende Ereignisse verstanden, welche den Charakter des Ausserordentlichen, für menschliche Kraft regelmässig Unabwendbaren an sich tragen, resp. welche vermöge der Art und Weise ihres Auftretens die im ordentl. Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigen.[1]) Fasst man nun aber den Begriff der höhern Gewalt im einen oder andern Sinne, so kann von einer solchen in concreto keine Rede sein. Denn es waren von der Beklagten jedenfalls nicht alle den Umständen angemessenen und vernünftigerweise ausführbaren Vorsichtsmassregeln, welche bei äusserster Diligenz angewendet werden können, getroffen. Die Barriere besass nicht die nöthige Widerstandskraft, da sie aus altem morschem Holze bestand. Die Behauptung, dass die Barrieren bei Strassenübergängen nur die Bedeutung eines Signals haben, ist verfehlt. Den Eisenbahngesellschaften liegt die gehörige Einfriedigung der Bahnlinie zur Sicherung des Bahnbetriebes sowohl, als auch, bei Strassenübergängen u. s. w., des Strassenverkehrs, sowie die fortwährende gute Instandhaltung der Einfriedigung ob, Art. 16 Abs. 2 des B.-G. betr. den Bau und Betrieb der Eisenbahnen. Darnach haben die Barrieren bei Strassenübergängen gewiss auch eine materielle Sicherung zu gewähren. Allerdings wird den Bahnunternehmungen nicht zugemuthet werden können, solche Einfriedigungen zu erstellen, welche eine absolute Sicherheit darbieten. Allein im vorliegenden Falle hat die Beklagte auch dasjenige nicht geleistet, was von ihr behufs relativer Sicherung der Bahnlinie nach Massgabe der konkreten Verhältnisse vernünftiger Weise verlangt werden konnte. (Entsch. v. 10. Oktbr. 1884 i. S. Roth c. Nordostbahn.)

---

15. *Haftpflicht der Postanstalten. Rechtliche Natur der internationalen Postverträge. Verhältniss der Postanstalt zum Absender und zum Empfänger bezüglich der Haftpflicht für Verlust und Beschädigung von Fahrpostgegenständen nach dem österreichisch-schweiz. Postvertrage vom 15. Juli 1868.*

Die Haftpflicht der schweiz. Post aus dem Postfrachtgeschäft im international österreichisch-schweiz. Verkehr ist in

---

[1]) S. Exner, der Begriff der höheren Gewalt, Grünhut Ztschrft. Bd. X, S. 497 ff. und gegen dens. Dernburg, a. a. O. Bd. XI, S. 335 ff.

erster Linie nach den Bestimmungen des Postvertrages vom 15. Juli 1868 und bloss subsidiär, soweit dieser Vertrag keine Bestimmungen enthalten sollte, nach dem B.-G. über das Postregal vom 2. Juni 1869 und der Transportordnung vom 10. Aug. 1876 zu beurtheilen. Denn der erwähnte Postvertrag besitzt Gesetzeskraft und seine Bestimmungen gehen für ihren Geltungsbereich den Bestimmungen des Postregalgesetzes vor. Nach dem Staatsvertrage nun ist die Post nur dem Absender gegenüber für Verlust und Beschädigung von Fahrpostgegenständen ersatzpflichtig und zwar liegt die Ersatzpflicht derjenigen Postverwaltung ob, welcher die Postanstalt der Aufgabe angehört. Vom Adressaten kann der Ersatzanspruch nur insofern erhoben werden, als der Absender nicht zu ermitteln ist oder die Verfolgung seines Anspruches dem Adressaten zuweist. Art. 22 Abs. 1, 8 u. 10. (Entsch. v. 24. Oktbr. 1884 i. S. der schweiz. Kreditanstalt gegen schweiz. Postfiskus.)

---

16. *Art. 25 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe. Ist die Staatsbehörde verpflichtet Gefangene oder in einer Zwangsarbeitsanstalt untergebrachte Personen behufs ihrer Verehelichung zu entlassen?*

Aus dem Rechte zur Ehe, welches die B.-V. garantirt, folgt nicht die Verpflichtung der Staatsbehörde, thatsächliche Hindernisse, welche dem Eheabschluss im einzelnen Falle entgegen stehen, zu beseitigen, insbesondere Jemanden, um ihm den Vollzug der Trauung zu ermöglichen, von der Erfüllung anderweitiger, namentlich öffentlich rechtlicher Pflichten, wie z. B. von der Leistung der militärischen Dienstpflicht oder von der Verbüssung einer Rechts- oder Disciplinarstrafe in einer Straf- oder Korrectionsanstalt ganz oder zeitweise zu entbinden. Nur wenn die Versetzung in eine Korrektions- oder Zwangsarbeitsanstalt bloss zu dem Zwecke erfolgt wäre, um dem Betreffenden die Verehelichung zu verunmöglichen, läge eine Umgehung des Art. 54 der B.-V. resp. des Art. 25 des B.-Ges. über Civilstand und Ehe und somit eine Verletzung derselben vor. (Entsch. v. 20. Septbr. 1884 i. S. Lendi; a. S. d. b.-g. E., X, 327 ff.)

---

17. *Art. 63 B.-Ges. über Civilstand und Ehe vom 24. Christmonat 1874.*

Auch der schuldige Ehegatte kann die Umwandlung der Scheidung zu Tisch und Bett in gänzliche

Scheidung verlangen, sofern der unschuldige Theil eine Wiedervereinigung ablehnt. (Entsch. vom 6. Dez. 1884 i. S. Eheleute Renevey.)

18. *Art. 59 B.-V. Kann gestützt darauf, dass der Arrestbeklagte nach Anlegung des Arrestes in einem andern Kanton einen festen Wohnsitz erworben hat, Aufhebung des Arrestes verlangt werden?*

Der Art. 59 B.-V. gewährleistet dem aufrechtstehenden Schuldner nicht den Gerichtsstand seines jeweiligen Wohnorts, sondern nur den Gerichtsstand seines Wohnortes zur Zeit der Einleitung des Prozesses bezw. der Anlegung des Arrestes. Wenn daher der Schuldner erst nach — auch nur vorläufiger — Bewilligung des Arrestes einen festen Wohnsitz in einem anderen Kanton genommen hat, so kann er das Begehren um Aufhebung des Arrestes nicht auf die angeführte Bestimmung der B.-V. stützen. (Entsch. v. 4. Octbr. 1884 i. S. Spörri.)[1])

19. *Art. 59 B.-V. Schliesst derselbe den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im interkantonalen Verkehr aus?*

Art. 59 B.-V. schliesst nicht aus, dass Civilklagen aus strafbaren Handlungen adhäsionsweise im Strafverfahren beim Richter des Begehungsortes des Deliktes geltend gemacht werden. Wohl aber schliesst derselbe im Civilprozesse den besondern Gerichtsstand der unerlaubten Handlung für alle Klagen aus zivilrechtlichen Delikten und Quasidelikten, sowie für Civilklagen aus strafbaren Handlungen aus. (Entsch. v. 1. Nov. 1884 i. S. Brunner.)[2])

20. *Art. 59 B.-V. Zulässigkeit und Voraussetzungen des Gerichtsstandes der Widerklage.*

Der Art. 59 B.-V. steht der Erhebung einer Widerklage beim Gerichte der Klage nicht entgegen, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch im Zusammenhang steht. (Entsch. i. S. Thalmann vom 24. Okt. 1884.)[3])

[1]) Vgl. a. S. d. b.-g. E. III. 39; VI. 188; I. 150; IV. 220 f.; V. 168 f.; VII. 676 f.

[2]) Vgl. a. S. d. b.-g. E. I. 180, 185 Ew. 4; V. 301; VII. 231, 673, 690; IX. 142 f.

[3]) Vgl. a. S. d. b.-g. E. V. 305; VI. 535; VII. 20; VIII. 430.

21. *Art. 59 B.-V. Gerichtsstand der belegenen Sache für Geltendmachung dinglicher Rechte. Löschungsklage.*

Die Klage auf gänzliche oder theilweise Löschung einer Hypothek ist, wenn sie als Eigenthumsfreiheitsklage (actio negatoria) auftritt, d. h. die Freiheit des Eigenthums von einer nicht, bezw. nicht mehr zu Recht bestehenden Hypothek (Pfandrecht) geltend macht, keine persönliche, sondern eine dingliche Klage, und findet daher Art. 59 B.-V. auf dieselbe keine Anwendung. Daran wird durch den Umstand nichts geändert, dass der Beklagte durch Hingabe des Geldes, für welches das Pfandrecht errichtet worden, die Verurtheilung von sich abwenden kann[1]). (Entsch. v. 17. Okt. 1884 i. S. der Schützengesellschaft von Chevroux.)

---

22. *Gerichtsstand in Expropriationssachen.*

Die Kompetenz der eidg. Gerichtsbehörden ist bei Unternehmungen, welche dem eidg. Expropriationsgesetze unterstehen, nur begründet für Ersatzansprüche aus dauernder oder zeitweiser Rechtsabtretung, dagegen nicht für Entschädigungsforderungen aus widerrechtlicher Beschädigung. (Entsch. v. 6. Sept. 1884 i. S. des st. gall. Rheinkorrektionsunternehmens; a. S. d. b.-g. E. X 336 f.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

23. *Oertliches Recht der Obligation. Die Aufhebung einer Obligation durch Konkurs ist nach dem am Orte des Konkurses geltenden Rechte zu beurtheilen.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 15. April 1884 i. S. Imhof-Amsler & Cie. c. Rudolf Steinegger.

Kläger lieferten am 21. Februar 1882 dem Beklagten, der damals in Zofingen eine Wirthschaft betrieb, 287 Liter Tyrolerwein. Bald darauf gerieth Beklagter in Geldstag und Kläger kamen mit ihrer Forderung vollständig zu Verlust. Unterdessen ist Beklagter nach Basel gezogen, und da er

---

[1]) Die Klage wurde im vorliegenden Falle darauf gestützt, dass die Hypothek für ein versprochenes Darlehen errichtet, letzteres aber nicht ausbezahlt worden sei. Das Klagebegehren ging dahin, dass die Hypothek als nicht zu Recht bestehend erklärt und gelöscht werde, sofern Beklagter nicht das versprochene Darlehen an Kläger nachträglich ausbezahle. — Vgl. a. S. d. b.-g. E. III, 455.

auf ergangene Betreibung die Forderung bestritten hat, betreten die Kläger den Prozessweg. Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Aus einem Auskunftsschreiben des Gerichtspräsidenten von Zofingen ergiebt sich, dass der Geldstag über den Beklagten nicht zur Durchführung kam, sondern dass es dem Beklagten gelang, eine Vermögensabtretung an seine Creditoren zu Stande zu bringen, welche nach Aargauerrecht der Zahlung gleich steht. Es ist aber klar, dass in Bezug auf die Folgen des Konkurses und der dabei in Wirksamkeit getretenen konkursrechtlichen Institute für alle Forderungen, welche bei dem Konkurse zur Anmeldung gelangt sind oder hätten gelangen sollen, das Recht desjenigen Ortes massgebend ist, wo der Konkurs stattgefunden hat.

---

24. *Relative Handlungsfähigkeit des Bevormundeten, welcher mit Einwilligung des Vogtes ein Gewerbe betreibt. Art. 34 O. R. Die Klage des Vogtes auf Ungültigerklärung eines ohne seine spezielle Einwilligung abgeschlossenen Pferdetauschvertrages wird abgewiesen.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung, v. 22. Juli 1884 i. S. Maibach c. Flückiger.

Motive: 1. Da der angefochtene Tauschvertrag am 6. Januar 1883 abgeschlossen wurde, so sind in Bezug auf die Frage, ob derselbe für Maibach verbindlich sei oder nicht, keineswegs die Bestimmungen der bernischen Vormundschafts-Ordnung, sondern Art. 29 ff. O. R. massgebend. Maibach war zur Zeit des Vertragsabschlusses unbestrittenermassen bevogtet, und es ertheilte dazu der Vogt Held weder vornoch nachher seine Einwilligung. Es frägt sich aber, ob, wie Beklagter behauptet, die Voraussetzungen des Art. 34 O. R. hier zutreffen. Dass diess der Fall, geht schon aus den unbestrittenen thatsächlichen Verhältnissen hervor, ohne dass es der gewalteten weitläufigen Beweisführung bedurft hätte.

2. Maibach betrieb nämlich auch nach seiner im Juli 1882 erfolgten Bevogtung und insbesondere zur Zeit des Abschlusses des angefochtenen Tauschvertrages in Schönenthüel bei Fischbach, also in bedeutender Entfernung vom Wohnorte des Vormundes Held, Dürrenroth, als Pächter eine grössere Landwirthschaft, und nach Aufhebung dieses Pachtverhältnisses auf März 1883 schloss der Vormund für seinen Vögtling Maibach auf 4 Jahre (1. März 1883—28. Februar 1887) einen neuen Pachtvertrag ab, um eine zur Landwirthschaft dienende Besitzung in Wöschiswyl im Kanton Luzern,

das gleichfalls mehrere Stunden vom Wohnort des Vormundes entfernt liegt. Letzterer fand sich daher, wie auch die eigene Angabe Maibach's bestätigt, nur selten bei ihm auf dem Pachtgut ein. Thatsächlich musste also der Betrieb im Allgemeinen in Händen des Maibach liegen. Danach kann es nicht zweifelhaft sein, dass Maibach selbständig, d. h. nicht im Geschäft des Vormundes (v. Schneider & Fick, Com. zu Art. 34 O. R.), unter dessen steter Aufsicht oder Mitwirkung, sondern, wie sich der franz. Gesetzestext ausdrückt, „seul", die Landwirthschaft betrieb, mag auch bei einzelnen Verhandlungen der Vogt mitgewirkt haben oder gelegentlich um seine Weisung angegangen worden sein. In dem Umstande nun, dass der Vormund diesen selbständigen Betrieb der Landwirthschaft durch den Vögtling thatsächlich gewähren liess, liegt ferner auch schon das Moment der Einwilligung. Nur unter der Voraussetzung, dass er entweder darum gar nicht gewusst oder denselben ausdrücklich untersagt hätte, könnte überhaupt in einem Falle wie der vorliegende davon die Rede sein, dass er den selbständigen Betrieb nicht gestattet habe. Weder die eine noch die andere Voraussetzung trifft aber in casu zu, im Gegentheil ist der Vormund nach Auflösung der ersten Pacht für den Vögtling eine neue eingegangen und zwar unter wesentlich gleichen Verhältnissen, so dass es ihm wiederum schon infolge der Entfernung nicht möglich gewesen wäre, die beständige Aufsicht zu führen oder stets mitzuwirken, vielmehr der Betrieb Maibach selbständig überlassen bleiben musste.

3. Im Sinne des Gesetzes kann es sich in solchen Fällen natürlich nur um eine generelle Ermächtigung zum Betrieb eines gewissen Berufes oder Gewerbes handeln. Liegt aber eine solche vor, so wird dieselbe dann auch für das einzelne, in den Bereich des regelmässigen Betriebs fallende Geschäft als ertheilt präsumirt. Nun gehört aber zum regelmässigen Betrieb einer grössern Landwirthschaft, wie diejenige Maibach's es zugestandenermassen war, zweifellos auch die Veränderung und Erneuerung nicht nur des Viehstandes im Allgemeinen, sondern auch der als Zugthiere nothwendigen Pferde. Infolge Gestattung des selbständigen Betriebs einer so bedeutenden Landwirthschaft darf daher auch in casu der Tauschvertrag um ein Pferd als in der Ermächtigung begriffen, angesehen werden.

4. Es darf diess um so eher geschehen, als nachgewiesen ist, dass Maibach eine Reihe ähnlicher Geschäfte ohne Mitwirkung des Vormundes suo nomine abschloss, ohne dass später

die Gültigkeit der Verhandlungen seitens des Vormundes in Frage gezogen worden wäre. So befuhr Maibach namentlich mit Viehwaare die Märkte und verhandelte ohne Mitwirkung, wenn auch im Einverständniss des Vogtes, und nahm sonst wiederholt Viehverkäufe vor, ohne dass jeweilen der Vogt mitwirkte oder auch nur dessen Zustimmung vorbehalten wurde.

Soweit die Klage auf mangelnde Handlungsfähigkeit Maibach's abstellt, ist dieselbe nach dem Angebrachten, gestützt auf Art. 34 O. R. abzuweisen.

---

25. *Handelsfrau. Im Aargau kann gegen eine Ehefrau, wegen der bezüglich ihres Gewerbes oder Berufes übernommenen Verbindlichkeiten der Konkurs erst dann erkannt werden, wenn dieser gegen den Ehemann durchgeführt ist.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 29. April 1884.

Die Ehefrau R. in M., welche ein Modewaarengeschäft betreibt, acceptirte zur Zeit als ihr Ehemann noch aufrechtstehend war, unter ihrem eigenen Namen vier verschiedene von C. B. Sch. auf sie gezogene Wechsel. Keiner dieser Wechsel wurde eingelöst, worauf der Gläubiger successive vier Betreibungen anhob und dann gegen die Ehefrau, die nicht Recht dargeschlagen, jeweils das Geldstagsbegehren stellte; einer der vier Betreibungsakte lautet gegen die Ehefrau und den Ehemann.

Im Januar 1884 wurde über den Ehemann R. der Geldstag erkannt und publizirt; ob auf Grund der gegen die beiden Ehegatten oder der blos gegen die Ehefrau gerichteten oder einer sonstigen Betreibung, ist nicht constatirt. Zu bemerken ist, dass das gegen den Ehemann erlassene Konkurserkenntniss nicht angefochten wurde.

Der Gläubiger Sch. reichte im Konkurse des Ehemannes R. seine Forderungen ein und richtete an das Bezirksgericht gleichzeitig das Begehren: Es sei gemäss Art. 35 O.-R. auch über die Ehefrau, welche die Wechselschulden contrahirte, der Geldstag zu publiziren. Das Bezirksgericht erkannte: Dem Begehren um Ausschreibung des Konkurses über die Ehefrau werde zur Zeit (d. h. solange der Konkurs über den Ehemann nicht durchgeführt sei), nicht entsprochen.

Das bezirksgerichtliche Erkenntniss, gegen welches der Gläubiger eine Rekursbeschwerde einreichte, ist vom Obergericht bestätigt worden.

Motive: Dass nach dem aarg. Recht es unzulässig sei, die Frau eines aufrechtstehenden Ehemannes auf den Geldstag zu betreiben, und zwar dies selbst dann, wenn die Ehefrau ein selbständiges Gewerbe betrieben, ist als feststehend anzusehen. Fraglich ist nur, ob das O.-R. diesfalls eine Aenderung herbeigeführt.

Nach Art. 35 ist es klar, dass eine Ehefrau, wenn sie im Sinne dieser Vorschrift selbständig ein Gewerbe oder einen Beruf betreibt, mit ihrem ganzen Vermögen aus den von ihr contrahirten Geschäftsschulden haftbar ist; es frägt sich aber, in welcher Weise der Anspruch des Gläubigers bei unserm ehelichen Güterrecht und unserm System der Schuldexekution realisirt werden kann.

Es muss als sicher angenommen werden, dass der Konkurs gegen die Ehefrau, solange der Geldstag gegen den Ehemann nicht eröffnet und erledigt worden, nicht statthaft sei. Abgesehen davon, dass die Erkennung des Geldstages über die Frau eines noch aufrecht stehenden Mannes allen Grundsätzen des kantonalen ehelichen Güterrechts zuwider liefe, wäre der Konkurs praktisch gar nicht durchführbar. Gemäss § 53 des a. b. G. geht alles Vermögen der Ehefrau in das Eigenthum des Mannes über, eine rechtliche Möglichkeit, welche der Art. 35 O.-R. als gegeben voraussetzt; es fehlt demnach an einem fassbaren Objekt, auf welches sich die geldstagliche Liquidation richten könnte. Der Ehefrau bleibt als Gegenwerth für das eingekehrte Frauengut nichts als ein Forderungsrecht auf ihren Mann, und auch dieses kann, abgesehen von dem Fall des § 61 des a. b. G., nur im Konkurs des Ehemannes realisirt werden. Es würde demnach für die Gläubiger einer Geschäftsfrau keinen praktischen Zweck haben, wenn für ihre Geschäftsforderungen über die Ehefrau vor- oder gleichzeitig mit dem Konkurs des Ehemannes der Geldstag erkannt und ausgeführt werden sollte; denn zur ganzen oder theilweisen Befriedigung würden sie doch erst dann gelangen, wenn der Konkurs über den Ehemann bereits durchgeführt und das rettbare Frauenvermögen dadurch ausgeschieden ist.

Der einzig mögliche Weg zur Realisirung ihrer Forderungen besteht demnach nach der aarg. Gesetzgebung für die Gläubiger darin, dass sie, wenn von der Frau keine Zahlung erhältlich ist, gestützt auf Art. 35, Lemma 2 O.-R. den Ehemann für die Schuld der Frau belangen, ihn nöthigenfalls zum Geldstag treiben und dann, wenn sie im Konkurs nicht, oder nicht

gänzlich befriedigt worden sind, nach ausgeführtem Geldstag für das Fehlende die Ehefrau belangen, welche inzwischen in den Besitz ihres Vermögens, soweit dasselbe gedeckt werden konnte, gelangt sein wird.

Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Forderungsanspruch der Geschäftsgläubiger gegenüber dem Ehemann in der Weise realisirt werden kann, dass, wie es in vorliegendem Falle geschehen zu sein scheint, der Gläubiger gestützt auf die gegen die Ehefrau allein durchgeführte Betreibung ohne weiteres gegen den Ehemann die Geldstagserkennung anbegehrt. Die Frage ist zu verneinen. Ein solches Prozedere würde dem in unserm Betreibungsgesetz und in unserer Geldstagsordnung aufgestellten Grundsatz widerstreiten, dass in der Regel über Niemand der Geldstag erkannt werden darf, der nicht vorher erfolglos betrieben worden, da im Falle des Art. 35 O.-R. Mann und Frau als von einander unabhängige Rechtssubjekte sich darstellen. Es erscheint daher in einem solchen Fall das Geldstagserkenntniss gegen den Mann nur dann als gerechtfertigt, wenn auch er für die Geschäftsschulden seiner Frau betrieben worden, da er doch Gelegenheit haben musste, die gegen ihn gerichtete Forderung bestreiten zu können.

---

26. *Accident. Ouvrier charpentier tué par la chute d'une poutre. Abrogation de la loi genevoise du 26 juin 1878 concernant la responsabilité des entrepreneurs de chantiers envers leurs employés en cas d'accidents. Irresponsabilité du patron. Art. 64 Const. féd. Art. 50 et 62 C. O.*

**Genève.** Arrêt de la cour de justice civile du 1 septembre 1884 dans la cause Grange c. époux Passerat.

En fait, Grange était entrepreneur de la maçonnerie d'un bâtiment en construction à Fernex (France); les travaux de charpente du même bâtiment étaient exécutés par Gustave Staar, charpentier à Fernex, et l'ensemble de la construction se faisait sous la direction de Sautter, architecte à Genève.

Le 16 août 1883, le contre-maître maçon Mongenier et les maçons Tempia et Couperian, pour aider les charpentiers, montèrent et déposèrent sur le haut du mur d'une des faces de la construction une poutre, dite filière, destinée à servir d'appui aux chevrons de la toiture. Cette poutre était en deux parties, ajoutées bout à bout et destinées à être reliées entre elles par un boulon ou par une cheville. Après avoir déposé la poutre sur le mur, le contre-maître maçon recommanda aux charpentiers de la cheviller sans retard.

Le lendemain 17 août, l'un des charpentiers, sans avoir au préalable chevillé ensemble les deux parties de la filière, se mit en devoir d'y fixer les chevrons et, en frappant sur l'une des parties de la poutre, fit détacher l'autre, qui tomba au bas du mur et atteignit à la tête Joseph-Pierre Passerat, âgé de 17 ans, manœuvre au service de Grange. Passerat mourut le lendemain des suites de la blessure.

Le jour même, un procès-verbal de l'accident fut dressé sur les lieux par le brigadier de gendarmerie de Fernex. Plus tard, le charpentier Staar fut traduit par-devant le Tribunal correctionnel de Gex et condamné pour homicide par imprudence.

Jean-Marie Passerat et dame Joséphine Passerat, père et mère de la victime, ont actionné Grange en dommages-intérêts, comme civilement responsable de l'accident, par-devant le Tribunal civil du canton de Genève. Par jugement du 14 juin 1884, le Tribunal civil a admis cette demande et condamné Grange en 800 fr. de dommages-intérêts envers les parents Passerat. C'est de ce jugement que Grange a interjeté appel.

En présence des faits ci-dessus exposés, la Cour doit se poser deux questions:

1° Quelle est la législation qui doit être appliquée?

2° Grange est-il civilement responsable de l'accident arrivé au mineur Passerat?

I. Considérant que Grange et les parents Passerat sont les uns et les autres domiciliés à Genève; que le contrat de louage d'ouvrage a été conclu entre eux à Genève et que, par conséquent, la législation à appliquer dans l'espèce est la législation en vigueur dans le canton de Genève;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'art. 64 Const. fédér., la législation sur toutes les matières se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations) est du ressort de la Confédération;

Qu'aux termes de l'art. 2 des dispositions transitoires adoptées en même temps, les dispositions des lois fédérales ou cantonales contraires à la Constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci, ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit;

Considérant que la matière des obligations résultant d'actes illicites, tels que des délits ou des quasi-délits, est traitée par les art. 50 à 62 du C. fédér. des obligations, entré en vigueur le 1er janvier 1883;

Que, par suite, toutes les lois cantonales sur la matière,

et notamment la loi genevoise du 26 juin 1878, ont cessé d'être en vigueur et que la cause doit être jugée d'après les principes contenus dans les art. 50 et suiv. du Code fédéral susvisé.

II. Considérant qu'en vertu des principes du Code fédéral, chacun n'est responsable que des dommages causés par sa propre faute ou par la faute des personnes ou des choses dont la loi le déclare responsable;

Que, notamment, aux termes de l'art. 62, le maître ou patron est responsable du dommage causé par ses ouvriers dans l'accomplissement de leur travail;

Considérant qu'il résulte des faits exposés plus haut que l'accident dont s'agit a été causé par le fait et la faute des ouvriers charpentiers seuls, et non des maçons;

Considérant que l'on ne trouve dans les faits de la cause aucun élément de nature à engager la responsabilité de l'entrepreneur-maçon;

Que le jugement du Tribunal correctionnel de Gex fait preuve légale de la culpabilité du charpentier Staar, et que rien n'établit que la responsabilité civile de l'accident soit partagée par Grange.

P. c m. la Cour déboute les mariés Passerat de toutes leurs conclusions contre Grange.

---

27. *Schädigung durch Thiere. Mangelhafte Beaufsichtigung. Art. 65 O. R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, II. Civilabtheilung, vom 20. März 1884 i. S. Rossé c. Caillet.

Auf dem Wege zur Tränke erhielt ein Pferd von einem als bösartig geschilderten Rinde einen Stoss, der einen vollständigen Bruch beider Knochen des hintern rechten Schenkels herbeiführte. Das Pferd musste geschlachtet werden und es wurde der daherige Schaden des Eigenthümers auf Fr. 400 geschätzt. Derselbe belangte den Eigenthümer des Rindes auf Ersatz des Schadens.

Das Gericht nahm an, der Beklagte habe es an der erforderlichen Sorgfalt in der Beaufsichtigung fehlen lassen, indem er das Rind nicht an einer Halfter geführt habe. Allein den nämlichen Mangel an Diligenz legte das Gericht auch dem Kläger zur Last und sprach ihm desshalb nur die Hälfte der geforderten Entschädigung zu.

---

28. *Schädigung durch Thiere, Mangelhafte Beaufsichtigung eines Hundes. Art. 65 O. R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 2. August 1884 i. S. K. Fetz c. Neumann.

Der Schreiner N. beliess seinen Hund unangebunden und ohne Maulkorb in einem bei der Stadt Zürich befindlichen, unmittelbar an die Landstrasse stossenden, gegen diese sich öffnenden und stets unverschlossenen Hofraum, welcher verschiedenen Häusern zugehörte und zugleich als Durchgang zu einigen Werkstätten und zu einer öffentlichen Speiseanstalt benutzt wurde. In diesen Hof verlief sich der Pintscher eines vorübergehenden Spaziergängers und wurde vom Hunde des N. durch Bisse getödtet. Die hieraus abgeleitete Schadensersatzklage wurde vom Bezirksgerichtspräsidenten abgewiesen, mit der Begründung, dass der Eigenthümer eines Hundes alle ihm obliegenden Verpflichtungen erfüllt habe, sobald er nur das Thier nicht aus seinem Grundeigenthum springen lasse. Dieser Entscheid wurde von der Appellationskammer des Obergerichts als Kassationsinstanz aufgehoben, weil derselbe in offenbarem Widerspruch mit einer klaren gesetzlichen Bestimmung, nämlich Art. 65 O. R. stehe, und demnach die Schadensersatzklage gutgeheissen.

Motive: Art. 65 O. R. überbindet dem Beklagten den Beweis nicht nur dafür, dass ihn kein grobes Verschulden treffe, sondern ausdrücklich dafür, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung des Thieres angewendet habe. Nun ist klar, dass im Belassen eines Hundes auf dem eigenen offenen Hofraum weder eine sorgfältige Verwahrung noch eine sorgfältige Beaufsichtigung gefunden werden kann. Gewiss schreibt kein Gesetz und keine Verordnung dem Thierbesitzer vor, seine Hunde anzubinden oder mit Maulkorb zu versehen; wenn er aber diese äusserste Sorgfalt nicht gebraucht, so traut er eben seinem Hund und dieses Vertrauen geht auf seine eigene Gefahr. Allerdings hat der Geschädigte seinen Hund ebenfalls nicht verwahrt; allein das Gesetz schränkt die Haft des Eigenthümers des schädigenden Thieres nirgends auf den Fall ein, in welchem es dem Geschädigten, auch bei Anwendung aller Sorgfalt nicht möglich gewesen wäre, sich resp. sein Eigenthum der drohenden Gefahr zu entziehen.

**29.** ***Prescription des actions en dommages-intérêts. La prescription d'un an prévue à l'art. 69 C. O. ne concerne que les actions en dommages-intérêts fondées sur un acte illicite. Art. 69, 154, 157 et 883 C. O.***

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 juin 1884 dans la cause Tenthorey c. Perrin.

Henri Tenthorey s'est rendu, en 1880, adjudicataire d'un immeuble mis en vente par le procureur-juré Perrin, à Payerne. Bien que cette adjudication ne fût pas définitive, Tenthorey a cultivé le fonds, l'a fumé et l'a ensemencé. Evincé plus tard et n'ayant pu rester en possession de l'immeuble, il a ouvert action à Perrin pour lui réclamer, conformément aux conditions de la vente, la somme de 150 fr. à titre d'indemnité pour les frais qu'il a faits.

Dans l'instruction de la cause, Tenthorey a demandé à prouver par témoins qu'à diverses reprises, soit dans le courant des années 1880, 1881, 1882 et 1883, il a réclamé le montant de sa note à Perrin.

Perrin s'est opposé à cette preuve, par le motif qu'elle tendrait à établir l'interruption de la prescription d'une manière contraire aux art. 154, 157 et 883 C. O.

Le juge de paix du cercle de Payerne ayant admis cette opposition, Tenthorey a recouru au Tribunal cantonal, qui a réformé le jugement et autorisé la preuve.

Motifs: Considérant que la réclamation de Tenthorey ne constitue point une action en dommages-intérêts résultant d'un acte illicite, puisqu'il ne prétend pas que Perrin ait agi sans droit, ait commis une faute ou une négligence, ni que le demandeur ait subi un dommage.

Que ce dernier réclame par le procès actuel le paiement de ses fournitures et le prix de ses travaux, en exécution de la convention passée lors de la vente du 7 avril 1880.

Considérant que, par ses allégués, le recourant veut établir non pas l'interruption d'une prescription, mais bien l'acceptation de la promesse de Perrin de lui payer ses dépenses et son salaire.

Considérant que l'art. 69 C. O., qui vise seulement la prescription de l'action en dommages-intérêts ensuite d'un acte illicite, n'est ainsi pas applicable à la réclamation actuelle, laquelle serait soumise à la prescription ordinaire.

30. *Vente. Résiliation du contrat ensuite de la demeure de l'un des contractants. Art. 122 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 2 septembre 1884 dans la cause Bovay contre Chevalley.

Par acte du 10 décembre 1883, Paul Chevalley, à Champtauroz, a vendu un bœuf à Eugène Bovay, boucher à Lausanne, pour le prix de 616 fr. et il a reçu ce jour-là 16 fr. à compte. Chevalley devait garder le bœuf jusqu'au 30 décembre, mais il n'était pas tenu de le garder au-delà de cette date.

Le 11 janvier 1884, le vendeur, qui était toujours en possession de l'animal, a invité par lettre Bovay à en prendre livraison pour le 15 janvier au plus tard, à défaut de quoi le marché serait résilié. Le 15 janvier, Bovay a bien envoyé une personne pour prendre livraison, mais son représentant n'était pas en mesure de payer. Ensuite de ces faits, Chevalley s'est considéré comme délié et a vendu le bœuf ailleurs, bien que, plus tard, l'acheteur ait offert de le recevoir.

S'estimant lésé par cette inexécution du contrat, Bovay a réclamé juridiquement à Chevalley une indemnité de 150 fr., plus la restitution de l'acompte livré. Chevalley a consenti à cette restitution, mais il a conclu à libération pour le surplus des conclusions prises contre lui, et, en outre, à une indemnité pour la garde de l'animal dès le 30 décembre.

Le président de la justice de paix du cercle de Granges, section de Combremont, a admis les conclusions de Chevalley.

Ensuite de recours de Bovay, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'il résulte des faits rappelés plus haut que Bovay n'a pas rempli les conditions du marché qu'il avait conclu avec Chevalley, puisqu'il n'a pas pris livraison du bœuf à Démoret le 30 décembre 1883, ainsi qu'il en avait été convenu.

Que le 11 janvier 1884 Chevalley a invité Bovay à venir prendre l'animal le 15 du dit mois, mais que ce jour-là le représentant de l'acheteur n'avait pas la somme nécessaire au paiement du marché.

Considérant que cette lettre du 11 janvier a eu pour but et pour effet de mettre Bovay en demeure d'exécuter le contrat lié entre parties.

Considérant qu'il y a lieu dès lors de faire application dans l'espèce de l'art. 122 C. O., qui statue que, lorsque dans un contrat bilatéral l'un des contractants est en demeure, l'autre partie a le droit de lui fixer ou de lui faire

fixer par l'autorité compétente un délai convenable, en le prévenant que faute par lui de s'exécuter le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai.

Considérant que le contrat du 10 décembre 1883 a donc été résilié de plein droit dès le 15 janvier 1884 et que, à partir de cette date, Bovay n'était pas fondé à demander à Chevalley la livraison du bœuf pour le 24 janvier à Echallens.

Que, dans ces circonstances, Bovay doit succomber dans ses conclusions en dommages-intérêts.

---

31. *Compensation. Sursis. La compensation peut être opposée par le débiteur alors même que sa créance est contestée. Art 131 C. O. (Cp. Revue I No 31. II No 26.)*

**Genève.** Jugement du Tribunal de commerce du 6 novembre 1884 dans la cause Brand c mariés Marchal.

Le demandeur réclame le paiement de la somme de 688 fr. 78 c. pour prix de marchandises et la défenderesse, sans dénier cette dette, fait de son côté une réclamation à Brand.

Quant à la demande principale: attendu qu'elle est établie, mais que la défenderesse fait une demande reconventionnelle et, se basant sur le C. des Obl., oppose la compensation.

Quant à cette demande reconventionnelle: attendu qu'elle est relative, suivant dame Marchal, au coût de pension, blanchissage et fournitures qu'elle aurait livrés à Brand; que cette demande n'est évidemment pas de la compétence du Tribunal de céans, comme le reconnaissent les deux parties;

Attendu que, conformément à l'art. 131 C. O., la compensation peut être soulevée quand même la demande reconventionnelle — comme c'est le cas ici — est contestée; que, dès lors, le Tribunal doit se borner, en l'état, à donner acte au demandeur que la somme par lui réclamée est bien due et renvoyer à statuer sur la condamnation définitive, dépens compris, après qu'il aura été dit droit au sujet de la demande de dame Marchal.

---

32. *Novation. Prescription. Renonciation à la prescription acquise. La novation ne se présume pas. La renonciation à la prescription acquise doit être expresse. Art. 142, 143, 154, 159, 725 et 883 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 10 juillet 1884 dans la cause Chevalley c. Flückiger.

Jean Louis Chevalley, représenté par son curateur Maurice

Puenzieux, à Clarens, a ouvert action aux hoirs de Ch. Flückiger, à Brent, pour faire prononcer la nullité d'une saisie pratiquée contre lui par ces derniers en vertu d'un billet à ordre souscrit par Chevalley et payé en 1865 par l'endosseur Flückiger. Chevalley a fondé son opposition sur ce que ce titre était éteint par prescription.

Les hoirs Flückiger ont conclu au maintien de leur saisie, la prescription ayant été interrompue et Chevalley ayant en tout cas renoncé à s'en prévaloir, à supposer qu'elle ait été acquise.

Le juge de paix du cercle de Montreux ayant donné gain de cause aux défendeurs, Chevalley a recouru au Tribunal cantonal, qui a réformé le jugement et admis l'opposition.

Motifs: Considérant sur la cause qu'on ne saurait admettre avec le juge qu'il y ait eu novation et interruption de prescription par le fait du paiement de fr. 450 offert dans la lettre de Maurice Puenzieux du 10 mars 1884.

Attendu qu'il n'y a eu aucun changement ni de débiteur ni de créancier, ni de la dette qui a fondé la saisie, savoir le billet à ordre protesté le 29 septembre 1864 et payé à la Banque cantonale vaudoise par l'endosseur Flückiger le 27 mai 1865.

Qu'aucun des cas de novation prévus par la loi (C. O. 142) ne se présente donc dans l'espèce.

Que d'ailleurs la novation ne se présume pas, mais qu'il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (C. O. 143), de sorte qu'il ne serait point suffisant de dire qu'il y a eu „en quelque sorte novation."

Considérant qu'il s'agit de savoir si, en offrant par sa lettre du 10 mars 1884 de payer fr. 450, Maurice Puenzieux a interrompu la prescription.

Considérant à ce sujet qu'il est établi qu'il n'y a eu aucune poursuite contre Chevalley en vertu du billet à ordre en question, dès le 27 mai 1865 au 12/14 novembre 1883.

Considérant que la loi vaudoise sur les billets à ordre du 4 juin 1829 fixait, par son art. 92, à cinq ans le délai de prescription entre le tireur, les endosseurs et le porteur. Qu'il résulte de là que Chevalley est au bénéfice de la prescription acquise depuis le 27 mai 1870, c'est-à dire antérieurement soit à l'entrée en vigueur du C. O., soit à l'offre de paiement que Flückiger estime constituer un acte interruptif.

Considérant que la prescription acquise depuis plusieurs années n'a pu être interrompue par un procédé de Puenzieux en 1884.

Qu'en effet l'art. 154 C. O., applicable depuis le 1er janvier 1883 à l'interruption de la prescription (C. O. 883), vise le cas où la prescription est en cours et non celui où elle est déja acquise.

Que, la prescription étant un mode d'extinction des obligations, on ne peut faire revivre une dette éteinte.

Considérant au surplus que, par sa lettre du 10 mars 1884, Puenzieux a seulement offert un paiement; qu'il ne paraît pas qu'il ait effectué celui-ci, mais qu'au contraire il n'aurait pas donné suite à son offre.

Qu'il a d'ailleurs fait celle-ci de son chef et sans autorisation de la justice de paix.

Qu'enfin la dite lettre est antérieure à la saisie du 22/24 mars 1884, à laquelle le curateur Puenzieux a formellement opposé, invoquant la prescription acquise.

Que l'on ne saurait dès lors prétendre qu'il ait volontairement payé (C. O. 72), ni qu'il ait renoncé à la prescription acquise (C. O. 159).

Qu'une telle renonciation doit être expresse et qu'il n'est nullement établi que, dans le procès actuel, la partie Chevalley ait renoncé à se prévaloir de ce moyen; qu'au contraire elle l'a formellement invoqué.

---

33. *Amortisation. Dieselbe ist unzulässig bei Namensobligationen. Art. 105 O. R.*

**Baselland.** Obergerichtsentscheid vom 14. November 1884.

Friedrich Hartmann von Bretzwil verlangte Amortisation einer zu seinen Gunsten ausgestellten Obligation der basellandschaftlichen Kantonalbank. Das Amortisationsgesuch begründet er damit, es sei ihm die fragliche Obligation gestohlen worden. Auf das Gesuch wurde nicht eingetreten.

Motive: Die in Frage gezogene Obligation lautet auf einen bestimmten Namen. Dieser Titel behält seine Natur als Namenspapier, wenn auch die demselben beigegebenen Coupons auf den Inhaber ausgestellt sind. Die Amortisation ist demgemäss nicht zulässig; es ist vielmehr nach den Bestimmungen des Art. 105 O. R. zu verfahren.

---

34. *Amortisation. Dieselbe ist unzulässig bei Sparkassabüchlein. Art 105 O. R.*

**Baselland.** Obergerichtsentscheid vom 14. November 1884.

Friedrich Hartmann von Bretzwil verlangt gemäss den Bestimmungen des Obligationenrechts die Amortisation eines

Sparkassabüchleins der basellandschaftlichen Kantonalbank. Das Amortisationsgesuch begründet er damit, es sei ihm das fragliche Sparkassabüchlein gestohlen worden. Auf das Gesuch wurde nicht eingetreten.

Motive: Sparkassabüchlein sind keine Inhaberpapiere, selbst dann nicht, wenn die Klausel beigefügt ist, die Schuldnerin (Bank) sei ermächtigt, an jeden Vorweiser zu bezahlen, denn die Schuldnerin hat andrerseits auch das Recht, vom Inhaber den Ausweis rechtmässigen Erwerbes zu verlangen. Das Sparkassabüchlein ist vielmehr blosses Beweismittel, und es finden daher die Bestimmungon von Art. 105 O. R. entsprechende Anwendung. Durch die Ausstellung einer Bescheinigung über die erfolgte Zahlungsleistung im Sinne des erwähnten Artikels des O. R. erhält die Bank ein Gegenbeweismittel, welches sie vor der Gefahr schützt, an den Besitzer des Titels zum zweiten Male zahlen zu müssen.

35. *Solidarität entsteht nicht, wenn ein Miteigenthümer Arbeiten für die gemeinsame Liegenschaft bestellt. Art. 162 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 23. Mai 1884 i. S. Matzinger-Steinhardt c. Schaadt.

Beklagter war neben Heinrich Matzinger-Grunauer, Eigenthümer zweier Liegenschaften; in Folge des Konkurses des Mittheilhabers gingen beide in sein alleiniges Eigenthum über. Zur Zeit, als noch die Gemeinschaft bestand, lieferte der Kläger auf Bestellung des Heinrich Matzinger-Grunauer verschiedene Schreinerarbeiten in die genannten Häuser und er ist der Ansicht, dass der Beklagte als Miteigenthümer solidarisch mit dem Besteller für seine Rechnungen hafte. Das Gericht verwarf die Ansicht, dass hier eine Solidarhaft vorliege.

Motive: Solidarschulden entstehen nach Art. 162 O.-R., wenn mehrere Schuldner erklären, dass dem Gläubiger gegenüber jeder einzeln für die Erfüllung der ganzen Schuld haften wolle, und ohne solche Willenserklärung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen. Eine freiwillige Uebernahme der Solidarverbindlichkeit hat im vorliegenden Falle zugegebenerweise nicht stattgefunden und zu den gesetzlichen Fällen der solidarischen Haftbarkeit mehrerer Schuldner gehört der Fall nicht, wo ein Miteigenthümer einer Liegenschaft Arbeiten für dieselbe bestellt. Auf die Auffassung des Verhältnisses, das zwischen Schaadt und Heinrich Matzinger-Grunauer zur Zeit der streitigen Bestellungen in Bezug auf die gemeinschaftlichen Liegenschaften bestanden hat, als Gesellschaftsverhältniss lässt sich die Ansicht des Beklagten ebenfalls

nicht stützen, denn nach Art. 543 und 544 O.-R. wird ein Gesellschafter durch Contracte des andern nur dann mitverpflichtet, wenn er demselben Vollmacht ertheilt hat in seinem Namen zu handeln, und für diese Ermächtigung wird nie präsumirt. Diese Grundsätze gehörten schon dem frühern Basler Rechte an, unter welches das streitige Rechtsverhältniss noch fällt. § 457 G. O. nimmt eine solidarische Haftbarkeit unter Gesellschaftern aus Contracten eines derselben nur an, wenn der contrahirende Gesellschafter „in der Handlung Namen" d. h. in seinem und seiner Mittheilhaber Namen Verpflichtungen eingegangen ist. Es kann demnach der Beklagte nicht als Solidarschuldner des Klägers neben Heinrich Matzinger-Grunauer betrachtet werden.

36. *Transport par chemin de fer. Revendication par l'expéditeur des marchandises saisies au préjudice du destinataire. Art. 199 à 203, 204, 453 C. O. Loi fédérale sur les transports par chemin de fer du 20 mars 1875, art. 16.*

Genève. Arrêt de la Cour d'Appel dans la cause Ricaud c. Germain et la compagnie Paris-Lyon-Méditerranée, du 10 mars 1884.

En fait: Ricaud, négociant à Robion, France, a fait deux envois successifs de pommes de terre et autres légumes à l'adresse de Crottet à Genève. Ces marchandises ont été expédiées fin juin 1883 en port dû; elles ont été saisies en cours de transport par Germain, créancier de Crottet; elles sont ensuite parvenues à Genève dans les premiers jours de juillet. La Cie P.-L.-M. avertit Crottet et Ricaud de l'arrivée des marchandises et de la saisie qui en empêchait la livraison. Crottet refusa l'envoi en disant qu'il n'avait pas fait la commande pour son compte et qu'il trouvait le prix trop élevé. De son côté, Ricaud, par exploit du 11 juillet, fit sommation: 1° à Germain de donner main-levée de la saisie; 2° à la Compagnie d'avoir à lui remettre ses marchandises contre remboursement de ses frais. — Les marchandises étant par leur nature sujettes à dépérissement furent vendues aux enchères conformément à la loi; Germain introduisit ensuite contre la Compagnie et Crottet une instance en validation de saisie. Ricaud intervint pour réclamer la propriété des envois par lui effectués et la nullité des mesures d'exécution pratiquées par Germain. Crottet fit défaut dans le cours du procès; enfin la Compagnie fit la déclaration des sommes provenant de la vente et offrit de les payer à qui justice ordonnerait. — Par son jugement du 18 décembre 1883, le tribunal civil valida la saisie, débouta Ricaud de ses conclusions et condamna Crottet aux

dépens. Ricaud a appelé de ce jugement et a cité devant la Cour Germain, Crottet et la Compagnie.

Au fond: considérant que, d'après les principes consacrés par les art. 199 à 203 C. O., la propriété des meubles ne se transfère pas par le seul effet du contrat de vente, mais seulement par mise en possession de l'acheteur; que, en particulier, quand la chose vendue doit être expédiée dans un autre lieu, l'acquéreur n'est réputé mis en possession que quand il prend livraison personnellement ou par l'entremise d'un représentant; qu'il suit de là que la disposition de l'art. 204 du même code, qui met les risques de la chose vendue à la charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat d'aliénation, ne peut avoir ni pour but ni pour effet d'attribuer la propriété au destinataire et d'annuler ainsi les définitions si précises et si catégoriques des articles qui le précèdent immédiatement.

Considérant que, en application des principes proclamés dans les art. 199 à 203, le Code fédéral des obligations déclare, dans son art. 453, que l'expéditeur a le droit de retirer la marchandise tant qu'elle est entre les mains du voiturier et qu'il n'est pas intervenu un second engagement entre celui-ci et le destinataire.

Que l'art. 466 du même code dispose, il est vrai, que les transports par chemins de fer restent soumis aux lois spéciales sur la matière et que la loi spéciale du 20 mars 1875 n'accorde à l'expéditeur le droit de retirer les marchandises que quand celles-ci voyagent aux périls et risques de ce dernier; mais qu'il est à observer que cette disposition de l'art. 16 concerne exclusivement le contrat de transport qui, d'après les art. 8 et suiv. de la même loi, ne se forme qu'entre l'expéditeur et le voiturier; qu'elle n'apporte, d'après la réserve expresse formulée dans le dernier alinéa du même art. 16, aucune modification aux rapports juridiques existant entre l'expéditeur et le destinataire, rapports qui restent, dès lors, régis par le droit commun résultant des art. 199 à 203 C. O.

Considérant qu'il résulte des faits énoncés en tête du présent jugement que Crottet n'a jamais pris et n'a jamais pu prendre possession des marchandises à lui expédiées par Ricaud; que, de plus, il a refusé de prendre livraison; que dès lors, ces marchandises sont restées la chose propre de Ricaud et n'ont jamais été la propriété de Crottet; que, dans ces conditions, Germain ne pouvait agir sur elles que par l'exercice des droits et actions de son débiteur; qu'en cette qualité il avait simplement le pouvoir d'accepter la livraison,

mais à la charge d'acquitter les obligations qui en découlaient pour Crottet lui-même, notamment de payer au vendeur le montant de sa facture: qu'en conséquence en faisant opérer une saisie pour être payé de sa créance personnelle contre Crottet au préjudice des droits légitimes de Ricaud, Germain a mal procédé et doit rendre l'expéditeur indemne du préjudice qui lui a été causé.

37. *Revendication de meubles. Le droit du propriétaire de revendiquer contre tout détenteur les objets qui lui ont été soustraits par vol s'étend aussi aux objets qui lui ont été soustraits par escroquerie. Art. 206 et 213 C. O.*

**Vaud.** Arrêt de la Cour de Cassation pénale du 27 août 1884 dans la cause Mont-de-Piété de Lausanne c. Fischer.

En mai et juin 1884 un nommé Lambelet, ouvrier tailleur, s'est fait remettre par Jean Fischer, négociant, à Lutry, diverses pièces d'étoffe qu'il a ensuite mises en gage au Mont-de-Piété à Lausanne.

Devant le Tribunal de police du District de Lavaux, qui a condamné Lambelet pour escroquerie, Fischer s'est porté partie civile et a réclamé la restitution des étoffes qui lui avaient été escroquées. Le Mont-de-Piété, de son côté, a conclu au maintien de son droit de gage sur les dits objets, Fischer n'étant autorisé à les retirer que moyennant paiement de ce que Lambelet doit au Mont-de-Piété.

Le Tribunal de police de Lavaux a écarté les conclusions du Mont-de-Piété et ce jugement a été confirmé par la Cour de Cassation pénale.

Motifs: Considérant que la question à juger est celle de savoir si Fischer, propriétaire des effets remis les 2 et 6 juin en gage au Mont-de-Piété par Lambelet, qui les a escroqués à Fischer, a le droit de les retirer du Mont-de-Piété, sans indemniser celui-ci, ainsi que le jugement de police l'a prononcé, ou si, au contraire, le dit établissement conserve son droit de gage sur ces objets.

Considérant que l'art. 303 du Code pénal statue que, si les objets provenant du délit sont dans les mains d'un tiers, la restitution n'en peut être ordonnée qu'autant que le tiers détenteur est intervenu au procès comme partie civile et conformément aux dispositions de la loi civile à ce sujet.

Considérant que la loi civile applicable actuellement est le Code fédéral des obligations qui dispose, à ses art. 206 et 213, que les choses volées ou perdues peuvent être revendiquées contre tout détenteur pendant cinq ans, à compter du jour de la perte ou du vol.

Considérant que cette expression „choses volées“ doit être prise dans son acception la plus large et que la revendication d'un objet volé doit être admise contre le tiers détenteur, même en cas d'escroquerie.

Que cette opinion est du reste corroborée par les documents qui ont servi à l'élaboration du C. O., qui font rentrer l'escroquerie dans les choses perdues ou volées dont parle l'art. 206 et qui, par contre, en excluent l'abus de confiance.

Considérant, dès lors, que, dans l'espèce, c'est avec raison que le Tribunal de police de Lavaux a écarté les conclusions civiles du Mont-de-Piété.

---

38. *Vorbehalt des kantonalen Rechts für Kaufverträge über Liegenschaften. Derselbe bezieht sich nicht auf die Einrede des Betrugs. Art. 231 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 19. August 1884 i. S. J. Schneider c. J. Hensel.

Motive: Zwischen den Parteien ist die Gültigkeit eines Kaufes über Liegenschaften streitig; der Beklagte erhebt u. a. die Einrede des Betruges. Diese Einrede ist nach dem Obligationenrecht zu beurtheilen. Der Kaufvertrag, um den es sich handelt, ist unter der Herrschaft dieses Gesetzes zu Stande gekommen. Nun bestimmt zwar Art. 231 O.-R., dass für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht gelte; allein dies bezieht sich offenbar nur auf die Vorschriften des letztern Rechtes über den Kauf, nicht aber auf die im allgemeinen Theil des Obligationenrechts enthaltenen für sämmtliche obligatorische Verträge geltenden Vorschriften. Es wäre höchst seltsam, dass bezüglich der Kaufverträge über Liegenschaften alle Bestimmungen des kantonalen Rechts über Verträge überhaupt in Kraft verblieben sein sollten. Von dieser Ansicht ausgehend hätte in der Sammlung der noch in Kraft bestehenden Vorschriften des zürch. priv. G.-B. (Beilage zu Bd. XX. O. S.) der ganze Abschnitt „Von den Verträgen im Allgemeinen“, pag. 903—1076, unverändert als jetzt noch geltendes und nur auf gewisse Arten der Verträge beschränktes Recht aufgenommen werden müssen. Dies ist aber nicht geschehen; denn während der Regierungsrath an genannter Stelle beim VII. Abschnitt des Zürch. Obligationenrechts ausdrücklich bemerkt: „Dieser Abschnitt bleibt in Kraft für die Kaufverträge über Liegenschaften,“ mangelt eine ähnliche Notiz beim I. Abschnitt: „Von den Verträgen im Allgemeinen,“ und wird in dieser Hinsicht

vielmehr in der Vorbemerkung lediglich gesagt: „Das kantonale Recht im Allgemeinen ist vom Schweiz. Obligationenrecht vorbehalten worden mit Bezug auf Verträge über Liegenschaften und dingliche Rechte an solchen, auf Schenkung, Viehpacht, Viehverstellung, Versicherungsverträge und Leibgeding."

---

### 39. *Kauf auf Besicht. Art. 269—271 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 29. April 1884 bestätigt von dem Appellationsgerichte am 5. Juni gl. J. i. S. A. Thevenin & fils c. A. Besserer.

Der Beklagte schuldet den Klägern Fr. 2607. 95. Im September 1883 auf Bezahlung gedrängt, offerirte er denselben eine angeblich antike Uhr von bedeutendem Kunstwerth zum Ankauf; der Preis wurde auf Fr. 1800 gestellt. Am 8. October 1883 schrieben die Kläger „Envoyez la pendule, vous dites qu'elle vaut Fr. 1800, nous la prenons si elle nous plait, mais il nous faut une facture acquittée du propriétaire (ne voulant pas être inquiété plus tard) et nous ne débourserons rien. Moyennant cela nous vous donnerons quittance de toute votre créance" — ein Vorschlag, den Beklagter mit Schreiben vom 19. October acceptirte. Am gleichen Tag wurde die Uhr zur Spedition nach Bordeaux aufgegeben und den Klägern die Faktur, lautend auf Fr. 1800. — quittirt zugestellt. Mit Schreiben vom 14. November 1883 zeigten indessen die Kläger dem Beklagten an, dass ihnen die Uhr durchaus nicht convenire, dass sie auch bloss Fr. 300 statt Fr. 1800 werth sei, sie hätten dieselbe daher schon franco zurückgeschickt. Beklagter protestirte sofort gegen dieses Vorgehen und nahm die Uhr hier nicht in Empfang; nach seinen Angaben liegt sie heute noch in Verwahrung eines Basler Spediteurs. Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft ist ein Kauf auf Besicht. Es sind darauf die Bestimmungen der Art. 269—271 O.-R. anzuwenden.

Es fragt sich also zunächst, ob eine Frist vereinbart worden sei; darüber ist Folgendes zu bemerken:

Der Beklagte schrieb seine Faktur auf eines der gedruckten Formulare, die er für seinen Weinhandel verwendet; auf diesen befindet sich die Notiz: „Huit jours après réception de la marchandise aucune réclamation ni retour seront acceptées" Unmittelbar darunter steht in grösserem Druck: „Les futs vides sont à renvoyer dans les 3 mois en bon

état ou à les payer.“ Da dieser letztere Satz, der auf das vorliegende Geschäft nicht passte, nicht durchgestrichen war, so konnten die Kläger sehr wohl annehmen, der Beklagte habe das Formular aus Bequemlichkeit benützt, und versäumt, die nicht auf das Geschäft passenden Sätze zu streichen; sie konnten der Meinung sein, die darin festgesetzte Reclamationsfrist gelte für sie ebensowenig, wie die Bemerkung bezüglich der Fässer. Sie waren dazu um so eher veranlasst, als die Berechtigung des Beklagten zu einer derartigen Verfügung bei der Natur des Geschäftes als sehr zweifelhaft gelten muss. Wenn daher die Kläger gegen die Fristansetzung nicht protestirt haben, so kann darin nicht eine Genehmigung derselben erblickt werden. Eine vereinbarte Frist im Sinne des Obligationenrechts liegt also nicht vor. Ebensowenig hat der Beklagte den Klägern eine Aufforderung zu sofortiger Erklärung über Annahme oder Nichtannahme der Uhr zukommen lassen. Somit ist keine der Voraussetzungen des cit. Art. 271 O.-R. eingetreten.

---

40. *Miethe. Belassen des Miethers unbeweglicher Sachen bis zum nächsten Ziel. Der neue Erwerber hat die Miethzinsforderung nur vom Zeitpunkte seines Eigenthumserwerbes an. Art. 281 O. R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer vom 13. Februar 1884 i. S. Wittwe Brunner-Salvisberg c. Titus Dürr & Cie.

Titus Dürr, Vater, hatte an Titus Dürr & Cie. (Rekursgegner) in seinem Hause an der Marktgasse in Zürich Lokalitäten vermiethet zu einem jährlichen Miethzins von Fr. 7000. Dieses Haus verkaufte er am 2. Juli 1883 an Wittwe Brunner-Salvisberg (Rekurrentin). Letztere forderte von den Rekursgegnern Fr. 3500—, als Miethzins für die Zeit vom 1. April bis 1. Oktober 1883. Das Gericht entschied, es stehe ihr eine Miethzinsforderung nur für die Zeit von ihrem Eigenthumserwerb am Hause, dem 2. Juli 1883 an, zu.

Motive: Es ist klar, dass Titus Dürr, Vater, nur für den Zeitraum Miethzins fordern konnte, in welchem er sein Haus den Rekursgegnern vermiethet hatte. Nachdem er aber dieses am 2. Juli 1883 der Rekurrentin notarialisch zugefertigt hatte, war er von da an nicht mehr zur Forderung auf Miethzinse berechtigt; vielmehr war es die neue Erwerberin, welche, indem sie die gesetzliche Pflicht übernahm, die Rekursgegner bis zum nächsten offenen Ziel im Hause zu behalten, nun auch kraft eigenen Rechtes als Vermietherin vom Miether den Miethzins verlangen konnte. Im ausgesprochenen Gegen-

satz zum französichen Recht überbindet das Obligationenrecht dem Käufer eines Hauses die darauf bezüglichen Miethverträge nicht, es findet also keine gesetzliche Abtretung der Rechte vom frühern auf den spätern Hauseigenthümer statt, sondern die Verpflichtung des neuen Eigenthümers gemäss Art. 281 S. 2 O. R. ist eine nur auf dem Gesetz beruhende, (vergl. Schneider Com. zu Art. 281 bei Ziff. 4), welche als Ausnahme von der Regel: „Kauf bricht Miethe" und von dem Satze, dass obligatorische Verträge nur für die Kontrahenten Wirkung haben, streng und enge auszulegen ist.

---

41. ***Miethe. Recht zur einseitigen Auflösung des Miethvertrages. Dasselbe steht dem Miether zu bei erheblicher dauernder Störung im Miethbesitz, auch wenn solche nicht durch Mängel der Sache, sondern durch das Benehmen des Miethers veranlasst ist. Art. 277 O. R.***

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 2. September 1884 i. S. Harder-Dändliker c. Martin Wipf. (S. f. u. Nro. 58.)

Motive: Es ist der schon erstinstanzlich entwickelten Interpretation des Art. 277 O. R. beizutreten, dahin gehend, dass diese Gesetzesstelle, welche dem Miether das Recht zur einseitigen Auflösung des Miethvertrages für den Fall des im Gesetz bezeichneten mangelhaften Zustandes des Streitobjektes gewährt, in analoger Weise auszudehnen sei auf den hier in Frage kommenden Fall einer erheblichen Störung im Miethbesitz, deren Ursache zwar nicht im Zustand der gemietheten Sache, wohl aber im Benehmen des Vermiethers liegt ( S. Schneider's Com. zu Art. 277, Ziff. 1). — Für die Streitfrage ist demnach entscheidend, ob das Benehmen des Beklagten (Vermiethers) dem Kläger (Miether) gegenüber, wie dasselbe durch die Beweisabnahme dargestellt wurde, den vertragsgemässen Gebrauch der gemietheten Wohnung und Bäckerei ausschliesse oder in erheblicher Weise schmälere — und in dieser Hinsicht sind nicht die einzelnen angeführten und konstatirten Vorgänge in ihrer Vereinzelung, sondern es ist die Gesammtheit derselben massgebend, weil nur diese das richtige Bild von der Gebahrung des Vermiethers dem Miether gegenüber gibt. Was nun zunächst die einzelnen Vorfälle betrifft, über die der Kläger sich beschwert, so kann diesseitiges Gericht namentlich den Auftritt, welcher sich im Mai oder Anfangs Juni 1882 zwischen den Parteien ereignete, und wobei der Beklagte mit wüthender Geberde auf den Kläger losging, mit den Worten, er mache ihn zu einem „abgestochenen Mann", keineswegs in harmlosem Lichte er-

blicken, vielmehr muss in dieser ganz unmissverständlichen Bedrohung ein Benehmen gefunden werden, welches im Stande war, die Ruhe des Klägers ernstlich zu gefährden. Als sehr ernst erscheint aber gar der Vorfall vom 10. Januar 1884. Die Darstellung der Zeugen lässt darauf schliessen, dass ohne die Dazwischenkunft der Ehefrau des Beklagten dieser in höchster Aufregung sich mit dem grossen Haumesser (Metzgermesser) in der Hand auf den Kläger losgestürzt hätte, und es liegt eine grosse Wahrscheinlichkeit dafür vor, dass der Kläger sich damals in naher Gefahr für Leib und Leben befunden habe; jedenfalls war es ganz natürlich, dass derselbe sich in diese Gefahr versetzt glaubte. Die Zusammenhaltung dieser beiden Vorfälle, denen sich einige von geringerer Bedeutung anreihen liessen, musste für den Kläger genügen, um sich fortwährend durch den Beklagten bedroht zu halten, und diese Furcht war um so dringlicher, als der Kläger nach seiner Urtheilskraft allerdings die Befürchtung haben konnte, er habe es mit einem zeitweise Geistesgestörten zu thun, der Aufenthalt im nämlichen Hause und bei sehr engen räumlichen Verhältnissen ihn aber stets in nahe Berührung mit demselben brachte. Es ist daher glaubhaft, ja wahrscheinlich, dass das Benehmen des Beklagten, wie dasselbe im Vorfall vom 10. Januar 1884 seinen Gipfelpunkt erreichte, den Kläger derart beunruhigt habe, dass er in der ihm vertragsmässig gebührenden ungehinderten und freien Benutzung der gemietheten Lokalitäten erheblich gestört war.

42. *Bail à loyer. Jouissance*; *trouble*; *résiliation. Art. 277 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 29 février 1884 dans la cause Breyer c. F.

En fait, par acte sous seing privé passé à Genève le 6 mai 1883, enregistré, le sieur F., propriétaire, a loué au demandeur pour 2 ans un appartement de 5 pièces, dans lequel il s'est réservé une chambre pour l'habiter pendant toute la durée du bail. Aujourd'hui, le demandeur réclame la résiliation immédiate de ce bail, et il a articulé à l'appui de sa demande et a offert de prouver:

Que presque tous les soirs, F. rentre très tard dans la nuit et dans un état d'ivresse complète; qu'il force alors le demandeur à se relever pour lui ouvrir la porte et l'aider à rentrer, parce qu'il est incapable de le faire; qu'il se met ensuite à chanter d'une façon très bruyante, puis à pousser

des cris sauvages et à faire un tapage scandaleux; qu'il cherche des chicanes et provoque des batteries; qu'il risque de provoquer, dans ses accès d'ébriété, quelque accident grave et notamment un incendie; qu'il empêche complètement les mariés Breyer de prendre le repos qui leur est nécessaire, et qu'il est impossible à ces derniers de continuer à habiter dans la maison.

Attendu que les faits articulés par Breyer peuvent être tenus pour établis;

En droit, vu l'art. 277 C. O.;

Attendu que si la chose louée est délivrée dans un état tel qu'elle soit impropre à l'usage pour lequel elle a été louée, ou que cet usage en soit notablement amoindri, le preneur a le droit de se départir du contrat;

Attendu que l'amoindrissement de la jouissance qu'a eu en vue le législateur dans cet article, peut résulter de faits qui n'atteignent pas la nature de la chose elle-même, mais qui consistent dans le trouble qu'apporte à cette jouissance le propriétaire ou même un tiers (Schneider et Fick, commentaire de l'art. 277);

Attendu que tel est le cas dans l'espèce et que le demandeur a, dès lors, le droit de se départir du contrat, conformément aux art. 122—125 C. O.;

Attendu que le bailleur est toujours en demeure de ne pas troubler le preneur dans sa jouissance de la chose louée et que s'il le trouble, ce dernier peut, en vertu de l'art. 123 du même code, se départir du contrat sans autre formalité.

---

**43.** ***Einfluss des Konkurses des Vermiethers auf den Miethvertrag. Art. 281 O. R. Abweichung des Obligationenrechts von dem § 1513 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches. Die Konkursmasse des Vermiethers kann einen vom Miether dem Vermiether vertragsgemäss vorausbezahlten Zins für die Zeit von der Konkurseröffnung an nicht noch einmal einfordern.***

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 9. Oktober 1884 i. S. Konkursmasse Horat c. Wydler.

Motive: Stellt man auf das Obligationenrecht ab, so kann allerdings nur der Art. 281 in Betracht kommen als die einzige Gesetzesbestimmung, welche den Einfluss des Konkurses des Vermiethers auf die rechtliche Stellung des Miethers bespricht. Dieser Art. 281 ist aber von früherm kantonalem Recht (§ 1513) in einer gewissen Beziehung grundsätzlich verschieden. Beide Gesetze stimmen darin überein, dass sie dem gemeinrechtlichen Satze: „Kauf bricht

Miethe" folgen, denselben aber in seiner praktischen Anwendung einschränken, dagegen geht allerdings das Obligationenrecht mit dieser Einschränkung zu Gunsten des Miethers einen bedeutsamen Schritt über das frühere kantonale Recht hinaus. Das Letztere setzt nämlich hinsichtlich der Zinspflicht des Miethers fest, dass derselbe vom Zeitpunkt des Konkursausbruches an, Schuldner der Konkursmasse bezw. des dritten Erwerbers der vermietheten Liegenschaft werde. Anders das Obligationenrecht, welches eine ähnliche Bestimmung überall nicht enthält und überhaupt die Frage mit Stillschweigen übergeht, an wen und wie die Verzinsung während der Konkursdauer zu erfolgen habe. Diese Unterlassung ist nun aber gewiss keine bloss zufällige, sondern eine dem Gesetzgeber bewusste und von ihm gewollte, und es drückt dieselbe den Gedanken aus, dass die Konkursmasse den Vertrag einfach fortsetze, in die Rechte und Verpflichtungen des frühern Vermiethers in dem Umfange eintrete, wie dieselben zur Zeit des Konkursausbruches bestanden haben. Umgekehrt räumt zwar das kantonale Recht dem Miether die Befugniss, den Miethbesitz eine Zeit lang noch fortsetzen zu dürfen, ebenfalls ein, supponirt aber dabei eine Vertragserneuerung, welche den Miether so stellt, wie wenn er von Anfang an nur mit der Konkursmasse kontrahirt hätte. Nach der Auffassung des zürch. Rechtes kann somit der Miether nicht verlangen, dass er in seinen vor dem Konkursausbruch aus dem Vertrag erworbenen Rechten gegenüber der Konkursmasse geschützt werde, und speziell wirkt die Vorausbezahlung des Zinses an den früheren Vermiether für ihn nicht befreiend, während es allerdings die Consequenz des vom Obligationenrecht adoptirten Principes der einfachen Succession in dem bestehenden Vertrag (vgl. auch Schneider & Fick Com. Art. 281, Ziff. 4) ist, dass ein vertragsgemäss vorausbezahlter Zins von der Konkursmasse nicht auch noch gefordert werden kann, so wenig als der frühere Vermiether selbst denselben zum zweiten Mal fordern könnte.

---

44. *Bail à loyer. Retard dans le paiement du loyer. Résiliation de plein droit trente jours après la mise en demeure. L'expression „terme échu" de l'art. 287 C. O. doit s'entendre du „terme exigible" d'après la convention ou l'usage local. Art. 286, 287 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 23 mai 1884 dans la cause Noret c. Lorenz.

Attendu que la seule raison de douter si la dame Lorenz

peut être mise au bénéfice de l'art. 287 se trouve dans l'expression de „terme échu“ employée par le législateur au commencement de l'article;

Que l'on pourrait, en effet, soutenir avec quelque apparence de raison que le loyer dû par Noret n'était échu que le 15 avril;

Mais, attendu qu'aux termes de l'art. 286 C. O., le preneur est tenu de payer le loyer aux termes fixés par le contrat ou par l'usage local;

Attendu qu'à Genève l'usage est que le loyer se paie d'avance, et qu'il y a toujours été admis que le bailleur était en droit de demander l'évacuation du preneur lorsque ce dernier ne se conformait pas à cet usage;

Que l'expression de „terme échu“ doit donc être entendue en ce sens qu'il s'agit du terme fixé par le contrat ou l'usage local, et, par conséquent, seulement exigible. . . .

---

45. *Bail à loyer. Droit de rétention du propriétaire. Extinction du cautionnement. Le droit de rétention du bailleur s'applique aussi bien à l'indemnité de résiliation qu'au loyer lui-même Les cautions d'un bail sont déchargées lorsque le bailleur a laissé détruire ou amoindrir son privilège et ne peut plus y subroger la caution qui paierait. Art. 226, 294, 508 et 887 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 17 septembre 1884 dans la cause **Mouton c. Maurer.**

F. Mouton, propriétaire, à Lausanne, a loué au boucher Leuenberger divers locaux; Adrien Maurer et S. Chavannes se sont portés cautions de ce bail.

Leuenberger étant tombé en faillite, Mouton n'a pas été payé intégralement de l'indemnité de résiliation de 325 fr. pour laquelle il a été reconnu créancier privilégié de la masse. Pour le solde, Mouton a exercé des poursuites contre la caution Chavannes, qui a payé, et contre Maurer, qui a contesté la réclamation en se fondant sur ce que Mouton avait laissé sortir des lieux loués les meubles sur lesquels il pouvait exercer son droit de rétention.

Le Juge de paix du cercle de Lausanne a admis les conclusions libératoires de Maurer.

Ensuite de recours de Mouton, ce jugement a été confirmé par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 887 C. O., la cause actuelle se trouve régie par la loi fédérale.

Considérant que le législateur a eu en vue, en instituant

le droit de rétention, de garantir le propriétaire pour l'exécution de toutes les obligations du preneur.

Que ce droit-là doit, dès lors, s'appliquer aussi bien à l'indemnité de résiliation, laquelle dérive, le cas échéant, de ces obligations, qu'au loyer lui-même.

Considérant que, si l'art. 294 parle du loyer de l'année écoulée et de l'année courante, l'art. 226 porte que, lorsque le débiteur est en faillite ou a suspendu ses paiements, le droit de rétention peut être exercé même pour la garantie d'une créance non échue.

Considérant qu'il résulte de la solution définitive donnée par le Juge de paix que F. Mouton a laissé son locataire Leuenberger sortir des lieux à lui loués les meubles et autres objets qui les garnissaient; qu'il a eu connaissance du déménagement opéré par Leuenberger et qu'il ne s'y est point opposé.

Considérant qu'en ce faisant il a commis une faute et diminué, au préjudice de la caution Maurer, les sûretés qui garantissaient la dette, ce qui engage la responsabilité du dit Mouton envers le défendeur (C. O. 508), le droit de rétention ne pouvant plus être exercé une fois que les meubles ont été déplacés (294 § 1).

Considérant qu'il incombait, en effet, à Mouton de veiller à ce que le privilège ne fût pas détruit ou amoindri.

Considérant qu'il est établi que le mobilier sorti était amplement suffisant pour garantir le paiement du loyer redû.

Considérant que, le droit de rétention portant sur tout ce qui garnit les lieux loués, il importe peu que les meubles dont il s'agit fussent la propriété de la femme Leuenberger, les droits que cette dernière pouvait avoir, le cas échéant, se trouvant d'ailleurs réservés par l'art. 294 § 2.

---

46. *Retentionsrecht des Vermiethers. Dasselbe ist zunächst nur ein persönlicher Anspruch auf die Illaten, und verwandelt sich erst bei der Besitzergreifung an diesen in ein dingliches Recht. Dasselbe erstreckt sich auch auf die Kosten der Retention. Art. 294 O. R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 21. Juni 1884 i S. Ruetschi-Meier c. Burger & Eichenberger.

Motive: Vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts ist, wie sich in mehrfachen Entscheidungen (Gwalter's Zeitschrift Bd. VIII, S. 366, Bd. XIX und Bd. XX, S. 239) ausgeführt findet, angenommen worden, der Vermiether habe als

Deckung für die Miethzinsforderung nach § 898 des zürch. priv. G.-B. zunächst nur ein im Konkurs des Schuldners geltend zu machendes generelles Pfandrecht, d. h. ein Privilegium, und zwar auch dann, wenn von ihm eine Retentionsbewilligung beim Bezirksgerichtspräsidenten ausgewirkt worden sei, dieses werde aber dann in ein Spezialpfandrecht und zwar in ein Faustpfandrecht umgewandelt, wenn die betreffende Fahrhabe dem Besitz des Schuldners entzogen, und entweder wie beim regelmässigen Faustpfandrecht in den Besitz des Gläubigers übertragen oder in amtliche Verwahrung genommen worden sei. Unzweifelhaft musste also unter der Herrschaft des priv. G.-B. der Vermiether, sofern er zwar eine Retentionsbewilligung ausgewirkt, jedoch den Miether im Besitz der eingebrachten Fahrhabe gelassen hatte, den Rechtstrieb für den Miethzins, wie für eine laufende Forderung auf Pfändung anheben, dagegen auf Versilberung von Faustpfändern erst, wenn er gemäss § 898 Abs. 2 priv. G.-B. Besitz an der Fahrhabe des Miethers ergriffen hatte. — Durch Einführung des Schweiz. Obligationenrechts ist aber die Sache nicht anders geworden. Allerdings schreibt Art. 294 Abs. 1 ganz allgemein vor, der Vermiether habe ein Retentionsrecht an den vom Miether eingebrachten Sachen und in einer frühern Entscheidung vom 28. Dezember 1883 i. S. Helbling c. Böschenstein (s. u. Nr. 48) wurde ausgeführt, es habe das Retentionsrecht dem Vermiether als ein von Beginn der Miethe an unbedingt allen nachfolgenden Gläubigern vorgehendes Deckungsmittel gegeben werden wollen; allein es fallen hier im fernern noch in Betracht theils die Bestimmung des Art. 224, dass das Retentionsrecht an den Sachen bestehe, welche sich mit dem Willen des Schuldners in der Verfügungsgewalt des Gläubigers, d. h. in seinem Gewahrsam (vergl. Schneider Com.) befinden, theils Art. 294 Abs. 2, wo ganz ähnlich wie in § 898 Abs. 2 priv. G.-B. bestimmt ist, wie der Vermiether sich Deckung verschaffen, d. h. ein dingliches Recht, Pfandrecht erwerben könne, und demgemäss ist anzunehmen, auch durch das Schweiz. Obligationenrecht sei dem Vermiether zunächst nur ein persönlicher Anspruch auf die Fahrhabe des Miethers, ein „Deckungsmittel" gegeben, und es werde erst ein Pfandrecht für ihn begründet, wenn er den Anspruch geltend mache durch Besitzergreifung an der Fahrhabe.

Nach den Beobachtungen diesseitigen Gerichts ist die Praxis immer dahin gegangen, Pfand- und Vorzugsrechte, welche vom Gesetz für gewisse Forderungen begründet sind,

auch für die Kosten anzuerkennen, welche nothwendiger Weise mit der Geltendmachung jener Forderungen verbunden sind.

---

47. *Retentionsrecht des Vermiethers. Derselbe hat das Retentionsrecht nur so lange, als die Illaten in seiner Verfügungsgewalt sind, dagegen steht ihm kein Verfolgungsrecht, (droit de suite) zu, wenn der Miether vor Ausübung des Retentionsrechts die Illaten entfernt. Art. 294 O. R.*

**Zürich** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 11. Juni 1884 i. S. Gleichauf c. Wiesling.

Der Rekurrent Joseph Gleichauf, als Vermiether einer Wohnung, stellte das Rechtsbegehren, dass durch gerichtlichen Befehl die von seinem Miether, dem Rekursgegner W. Wiesling, heimlich und widerrechtlich weggenommenen Illaten in die Miethräume znrückzuschaffen seien. Dieses Begehren wurde abgewiesen.

Motive: Der Rekurrent geht in Begründung seines Begehrens von zwei Gesichtspunkten aus, indem er einerseits ein Besitzesrecht auf die Illaten behauptet, welches, nachdem der faktische Besitz verloren gegangen sei, durch possessorisches Interdikt realisirt werden solle, und anderseits wird dieser Besitz abgeleitet aus dem dem Vermiether gesetzlich zustehenden Retentionsrecht. Es kann sich daher in erster Linie lediglich fragen, ob das Retentionsrecht auch in dem Zeitpunkte noch bestanden habe, als das vorliegende Befehlsgesuch gestellt wurde, da mit dessen Untergang selbstverständlich auch die im Besitz sich äussernde Wirkung weggefallen wäre, und es würde erst in zweiter Linie zu untersuchen sein, ob dem Vermiether überhaupt ein mit den possessorischen Interdikten geschützter Besitz an den Illaten zustehe. — Nun kann es aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber das Retentionsrecht an die faktische Voraussetzung hat knüpfen wollen, dass sich die demselben unterworfenen Gegenstände in der Verfügungsgewalt des Berechtigten befinden (Art. 224), und es ist bei der Miethe speziell diese Willensmeinung dahin zu verstehen, dass das Retentionsrecht mit der Entfernung der Illaten aus dem Miethlokal zu existiren aufhört, und dass hiebei gar nichts darauf ankommt, ob dieselbe mit Gewalt oder heimlich erfolgt sei. Nur in dem Fall, wenn durch Besitzergreifung oder Auswirkung einer gerichtlichen Retentionsbewilligung das Retentionsrecht die Bedeutung eines eigentlichen Faustpfandrechtes erlangt hat (Art. 228), verhält sich die Sache anders,

indem dann zumal der Vermiether unter den in Art. 206 ff. bestimmten Einschränkungen allerdings gerade so gut eine Besitzrechtsklage anstellen kann, wie der Faustpfandgläubiger. Dass aber hier die im Gesetz verlangte Benachrichtigung stattgefunden habe, wird vom Rekurrenten selbst nicht behauptet. — Dass der Gesetzgeber, entgegen der französisch-rechtlichen Auffassung, welche dem Vermiether nach Entzug der Illaten eine auf die Zeitdauer von 40 bezw. 14 Tagen beschränkte Vindikationsbefugniss eingeräumt hat (Code civil Art. 2102), das Retentionsrecht in der angegebenen Weise einschränken wollte, ergiebt sich, abgesehen von der negativen Fassung des Gesetzes, schon aus den Vorarbeiten und den Berathungen desselben. Der Entwurf II von 1875 und mit ihm übereinstimmend der Entwurf III von 1876 drücken diesen Gedanken noch deutlicher als der gegenwärtige Text dahin aus, dass das Retentionsrecht erlösche, wenn der Berechtigte die Gegenstände nicht mehr im Gewahrsam habe und auch sonst nicht mehr in der Lage sei, darüber zu verfügen. (Vergl. Art. 230 das.) Ebenso ergiebt sich aus der Berichterstattung über die Berathungen, (vergl. Neue Zürcher Zeitung vom 14. Juni 1880) dass im Ständerath ein Antrag dahin gehend, dass dem Vermiether eine auf den Zeitraum von 14 Tagen beschränkte Vindikation von vi aut clam entzogenen Illaten gestattet werde, abgelehnt wurde. (Vergl. hierüber auch die Abhandlung von Stoecklin in der Revue judiciaire, Jahrg. 1884, S. 43 ff.)

---

**48.** ***Retentionsrecht des Vermiethers. Dasselbe wird selbst gegenüber dem vor Beginn der Miethe entstandenen Pfandrecht geschützt, sofern die Retentionsobjekte bei gutem Glauben des Vermiethers, d. h. ohne Kenntniss desselben vom Bestehen des Pfandrechts eingebracht wurden. Art. 294 und 227. O.-R.***

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer vom 28. Dezember 1883 i. S. G. Helbling c. Konkursmasse Böschenstein.

Motive: Die Appellationskammer des Obergerichtes hat unterm 17. November 1883 (S. Revue Bd. I N° 27) dahin entschieden, dass nach dem Schweiz. Obligationenrecht das Retentionsrecht dem Vermiether habe gegeben werden wollen als ein vom Momente seiner Entstehung (Beginn der Miethe) an unbedingt allen nachfolgenden Gläubigern vorgehendes Deckungs- eventuell Befriedigungsmittel. Würde nun im vorliegenden Fall der Beginn des Miethverhältnisses in die Zeit vor der Entstehung der freiwilligen Pfandverschreibung fallen, so könnte es nach jenem Urtheil keinem

Zweifel unterliegen, dass der (hier an Stelle der Illaten getretene) Versilberungserlös dem Ansprecher (Vermiether) zuzutheilen wäre. Aus den Akten ergiebt sich aber, dass die Miethe erst nach Errichtung der freiwilligen Pfandverschreibung begann. Es frägt sich also, ob nach dem Schweiz. Obligationenrecht, welches nach Art. 884 dess. unzweifelhaft zur Anwendung kommt, der Vermiether für seine Forderung Befriedigung erhalten solle vor dem Gläubiger, welcher letztere im Besitze eines Pfandrechtes ist, das vor der Entstehung des Retentionsrechtes begründet wurde. Diese Frage ist zu bejahen, sofern nur der Inhaber des Retentionsrechtes keine Kenntniss hatte von dem Bestehen des frühern Pfandrechtes, was hier nicht der Fall ist. Art. 294 bestimmt nämlich allgemein, dass der Vermiether einer unbeweglichen Sache für den Miethzins des verflossenen und des laufenden Jahres ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen habe, welche sich in den vermietheten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören; es kommt also nichts darauf an, ob die Sachen Eigenthum des Miethers oder eines Dritten seien, sofern sie nur nicht gestohlen, verloren oder von der Exekution ausgeschlossen sind, und sofern nur der Vermiether nicht Wissen davon hat, dass sie dem Dritten gehören (Art. 227). Wenn nun das Retentionsrecht ausgeübt werden kann an Sachen, die dem Vermiether gar nicht eigenthümlich zustehen, so muss dasselbe gewiss auch da ausgeübt werden können, wo die Illaten zwar Eigenthum des Miethers, aber zu Gunsten eines Dritten mit einem Pfandrecht belastet sind. Denn im erstern Falle geht das Gesetz, um das Retentionsrecht zu schützen, über das hinaus, was im vorliegenden Falle zum Schutze des Retentionsrechts verlangt wird, es darf aber unbedenklich gesagt werden, dass in dem Mehrern auch das Mindere enthalten sei. Andernfalls würde sich das sonderbare Resultat ergeben, dass zwar Sachen, die der Miether vor Beginn der Miethe verkauft hat, welche aber wieder in seinen Miethbesitz gelangt sind, retinirt werden könnten, solche aber, die er verpfändet und in seinem Besitz behalten hat, nicht.

49. *Retentionsrecht an den Illaten des Untermiethers. Der Vermiether hat keine persönliche Forderung an den Untermiether; er hat nachzuweisen seine Forderung an den Miether und Untervermiether und eine Forderung dieses letztern an den Untermiether. Art. 295 O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 30. September 1884 i. S. Hardmeyer c. Konkursmasse Weilenmann.

Motive: Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes stehen dem Vermiether gegenüber dem Aftermiether nur Retentionsrechte, aber keinerlei persönliche Forderungsrechte zu, im deutlichen und bewussten Gegensatz zum französischen Recht (Code civil Art. 1753, Zachariæ Franz. Civilrecht p. 368) und in wörtlicher Uebereinstimmung mit § 1506 des zürch. priv. G. B.

Da über die Retenirbarkeit der Gegenstände kein Streit besteht, hat der Vermiether nachzuweisen: a) dass ihm gegenüber dem Miether und Aftervermiether eine Miethzinsforderung zustehe, b) dass der Aftervermiether eine solche gegenüber seinem Aftermiether habe. Bei Beurtheilung letzterer Frage ist es gerade so zu halten, wie wenn der Miether (Aftervermiether) und der Aftermiether einen gerichtlichen Entscheid über die Zahlung des Miethzinses verlangt hätten.

50. *Auflösung der Miethe bei Tod des Miethers. Die in Art. 290 Ziff. 1 und 2 genannte gesetzliche Kündigungsfrist gilt unbedingt, d. h. auch wenn der Miethvertrag eine andere Frist enthält. Art. 293 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer vom 7. Januar 1884 i. S. Dr. Bertschinger c. E. Schniter.

Motive: Art. 293 O.-R. sagt bestimmt, dass in solchen Fällen die in Art. 290 Ziff. 1 und 2 enthaltenen Fristen gelten sollen. Wäre die Meinung des Gesetzgebers dahin gegangen, es sollen diese Fristen nur dann gelten, wenn im Miethvertrage keine Frist enthalten ist, so wäre dies gewiss ausgesprochen worden. Dass dies aber nicht die Absicht des Gesetzgebers war, geht aus Folgendem hervor: Der Entwurf des Obligationenrechts vom Juli 1879 enthielt in Art. 307 und 310 wesentlich die gleichen Bestimmungen, welche jetzt in Art. 290 und 293 niedergelegt sind. Art. 310 bestimmte nämlich ebenfalls, dass der Erbe des Miethers die in Art. 307 bezeichnete Kündigungsfrist zu beobachten habe, und Art. 307 ging dahin, wenn der Vertrag nichts Anderes bestimme, so könne eine unmöblirte Wohnung auf das nächste ortsübliche Ziel oder in Ermanglung eines bestimmten Orts-

gebrauches auf Ende einer halbjährlichen Miethsdauer mit einer vorausgehenden dreimonatlichen Kündigungsfrist gekündet werden. Zu diesem Art. 310 nun spricht sich der Bericht der nationalräthlichen Kommission vom November 1880 wörtlich dahin aus: „Es sollte deutlicher ausgedrückt werden, dass unter der in Art. 307 bezeichneten Kündigungsfrist die gesetzlich festgestellte (von 3 Monaten bezw. 2 Wochen) und nicht auch die etwa im Miethsvertrage vorgesehene Frist (die z. B. 6 Monate betragen kann) zu verstehen sei." Wenn bei der schliesslichen Redaktion diesem Wunsche nicht nachgekommen wurde, so ist dies jedenfalls nur daraus zu erklären, dass der Gesetzgeber fand, die Fassung des Gesetzes drücke diesen Gedanken deutlich genug aus.

---

51. *Mandat oder Dienstvertrag? Art. 392 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 27. Sept. 1884 i. S. M. Brändli c. J. Stoll.

Joh. Stoll in Oerlikon war Eigenthümer von Liegenschaften daselbst, und um den Verkauf derselben herbeizuführen, schloss er unterm 21. Mai 1883 mit dem Geschäftsvermittlungsbüreau M. Brändli in Zürich einen Vertrag ab, betitelt „Vollmacht", welcher im Wesentlichen dahin ging: „Er beauftrage und bevollmächtige den Brändli zum Verkauf seiner näher genannten Liegenschaften und verflichte sich, wenn das Geschäft zu Stande komme, demselben für seine Mühe und Baarauslagen ein Honorar von $1^1/_2$% der Kaufsumme bei der notarialischen Fertigung zu bezahlen." Im weitern wird das Verhältniss beiläufig „Mandat" und die Provision „Honorar" genannt. In dem hierüber zwischen den Parteien entstandenen Prozesse hatte das Gericht vor allem über die rechtliche Natur des Vertrages zu entscheiden; dasselbe erklärte diesen als Mandatsvertrag.

Motive: Der streitige Vertrag stellt sich rechtlich als ein Mandatsvertrag dar. Daran ändert der Umstand durchaus nichts, dass dem Brändli für die übernommene Geschäftsbesorgung ein Honorar zugesichert wurde; denn nach dem Schweiz. Obligationenrecht bildet die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung überall kein Requisit mehr für den Begriff des Mandats, es gibt vielmehr auch ein entgeltliches Mandat (s. Art. 392 S. 2). Wenn aber auch die Stipulation eines Honorars den Mandatsbegriff nicht ausschliesst, so gibt dieselbe immerhin Veranlassung zur Untersuchung der Frage, ob nicht vielleicht richtiger das Vorhandensein eines Dienstvertrages angenommen würde. Der Begriff des Werkvertrages

ist wohl von vornherein ausgeschlossen, und einen besondern Honorarvertrag kennt das O.-R. nicht (Art. 383), weshalb neben dem Mandat nur noch der Dienstvertrag in Frage kommen kann. Das letztere Rechtsverhältniss liegt indessen offenbar nicht vor; denn es handelt sich nicht um die Verpflichtung zur Leistung persönlicher Dienste, sondern um diejenige zur Besorgung eines bestimmten Geschäftes; Brändli übernahm es, den Verkauf bestimmter Liegenschaften herbeizuführen, einen gewissen Effekt zu erzielen, dadurch, dass er sich zu bemühen versprach, mit Dritten auf Namen und Rechnung des Stoll einen Kauf abzuschliessen, denselben gegenüber Drittpersonen zu vertreten (s. Hafner, Art. 392 Ziff. 1 und Com. von Schneider zu Art. 392 Ziff. 2). Dass übrigens die Kontrahenten das Vertragsverhältniss auch unter diesem Gesichtspunkt aufgefasst haben, zeigt die Vertragsurkunde; denn wenn sich dieselbe „Vollmacht" betitelt, und Brändli „beauftragt und bevollmächtigt" wird, so stimmt dies nur mit der Annahme eines Mandats, nicht aber mit dem Begriff der Dienstmiethe. Wenn auch der Auftrag auf eine gewisse Zeit hin gegeben worden, so lag doch offenbar ein reines Vertrauensverhältniss vor und hätte als solches jederzeit widerrufen werden können. (Art. 402 und Schneider Com. zu Art. 402, Ziff. 1.)

---

52. *Mandat. Le mandataire doit faire raison au mandant non seulement de l'argent qu'il a reçu en vertu de sa gestion, mais encore des pièces qui y sont relatives. Art. 398 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 juin 1884 dans la cause Grand c. Guibert.

Jules Grand, à Lausanne, a ouvert action au notaire Guibert, à Villars-sous-Yens pour obtenir la restitution de diverses pièces concernant des opérations faites par le défendeur comme mandataire du demandeur, ou, à défaut de cette restitution, une indemnité de 100 fr.

Le juge de paix du cercle de Villars-sous-Yens a admis les conclusions du demandeur.

Le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'il a été établi, en fait, que le compte du mandant de Guibert a été liquidé soit par le règlement de compte intervenu, soit par le jugement du 8 décembre 1883, devenu exécutoire.

Considérant, dès lors, que Grand a un intérêt réel à rentrer en possession des titres, pièces ou quittances qui ont

fait l'objet de la gestion de Guibert, afin de pouvoir les opposer, le cas échéant, aux réclamations des tiers.

Considérant que l'on ne saurait interpréter l'art. 398 du C. O. comme le prétend le recourant.

Attendu, en effet, qu'en statuant que le mandataire est tenu, sur la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui faire raison de tout ce qu'il a reçu de la dite gestion, à quelque titre que ce soit, cet article n'a pas seulement entendu obliger le mandataire à remettre au mandant un compte et de l'argent, mais qu'il a voulu que le mandataire restituât aussi à son commettant toutes les pièces qu'il pouvait avoir en mains et qui appartiendraient à ce dernier.

---

53. *Contrat d'assignation. L'engagement pris par une personne de payer en lieu et place d'une autre une valeur, constitue le contrat d'assignation ou de délégation. Un tel contrat est parfait dès le moment où l'engagement a été pris et il n'est pas nécessaire que le paiement ait été effectué. Art. 406 et 408 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 8 juillet 1884 dans la cause Apothéloz et Payot c. Bétrix.

Pour être payés de diverses valeurs qui leur étaient dues par Luisoni, Alfred Apothéloz et Frédéric Payot, à Corcelles, ont pratiqué une saisie-arrêt entre les mains de Louis Bétrix, à Concise, et ont été subrogés aux droits que le débiteur Luisoni pouvait avoir contre ce dernier. Ensuite de cette subrogation, ils ont ouvert action à Bétrix pour obtenir paiement de 209 fr. 50 cent., solde qu'ils estimaient être redû à Luisoni par le défendeur.

Bétrix a contesté cette réclamation en expliquant qu'il avait pris l'engagement, envers le boulanger Cousin, à Concise, de lui payer pour le compte de Luisoni une note de pain s'élevant à 188 fr. 64 cent. En conséquence, le défendeur a conclu à libération sous offre de payer pour solde la somme de 20 fr. 71 cent.

Le juge de paix du cercle de Concise a admis les conclusions de Bétrix.

Le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'il résulte de la solution testimoniale donnée à l'allégué 8 qu'avant le 23 novembre 1883, Bétrix a pris l'engagement, vis-à-vis de Luisoni, de payer en son lieu et place et à tant moins du compte de ses travaux une note de pain d'environ 200 fr. au boulanger Arthur Cousin.

Considérant que cet engagement constitue bien le contrat d'assignation ou délégation prévu aux art. 406 et suiv. du C. O. et qu'il ne saurait être envisagé comme une cession régie par les art. 1192 et suiv. du Code civil.

Attendu, en effet, que ce contrat a été passé entre Bétrix et Luisoni vis-à-vis de Cousin, mais que Luisoni n'a fait aucune cession à Bétrix de ses droits contre Cousin.

Considérant que le contrat d'assignation est parfait dès le moment où l'engagement est pris par l'assigné et qu'il n'est pas nécessaire que le paiement ait été effectué.

Attendu, en effet, que l'assignation, qui peut avoir lieu verbalement dans les limites permises par la loi vaudoise en ce qui concerne la preuve, n'est pas un paiement, mais qu'elle donne seulement à l'assignataire la perspective de recevoir son paiement de l'assigné.

Considérant que, dans l'espèce, Cousin a accepté la délégation de Luisoni et que, s'il avait voulu la refuser, il aurait dû en prévenir sans délai son débiteur (art. 408 C. O.), ce qu'il n'a pas fait.

Considérant, dès lors, que l'engagement de Bétrix a été pris régulièrement et que le défendeur s'est valablement libéré vis-à-vis de Luisoni de la somme de 188 fr. 64 cent qu'il a payée à Cousin.

Que, dans ces circonstances, Apothéloz et Payot ne sauraient réclamer aujourd'hui à Bétrix la somme totale de 209 fr. 50 cent. qu'il devait à Luisoni, mais qu'ils ne sont en droit de lui demander que le surplus de ce qu'il a payé à Cousin, soit la valeur de 21 fr. 71 cent., déjà offerte par le défendeur aux demandeurs.

---

54. *Billet de change. Aval. Protêt. C. O. 804, 808, 828, 829. Le porteur d'un billet de change n'a pas besoin de faire dresser ni signifier le protêt pour sauvegarder son recours contre le donneur d'aval en faveur du souscripteur, puisque ces formalités ne sont pas exigées vis-à-vis de celui-ci et que le donneur d'aval n'étant que la caution de celui dont il garantit la signature est soumis aux mêmes obligations et exceptions que la personne qu'il garantit.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 14 juin 1884 dans la cause Sonnex c. Dufaux et Mottaz.

Attendu que le donneur d'aval est simplement une caution solidaire; qu'il est obligé envers le porteur suivant les règles spéciales en matière de lettre de change, comme signataire de la lettre ou du billet, de la même manière que la per-

sonne qu'il a garantie (Jacottet, Manuel du droit fédéral des obligations p. 454 et 455);

Attendu qu'il ne peut donc soulever contre le porteur que les exceptions permises, d'après les règles du contrat de change, à celui dont il s'est porté caution;

Attendu que, dans le cas actuel, Mottaz s'est porté caution du souscripteur;

Attendu qu'aux termes de l'art. 828 in fine C. O., le porteur n'est tenu, pour conserver son recours contre le souscripteur du billet de change, ni de présenter celui-ci à l'échéance, ni de le faire protester, sauf l'exception prévue au § 2 du même article, exception qui ne se rencontre pas dans l'espèce.

Attendu, en conséquence, que Mottaz, donneur d'aval pour Dufaux, ne peut exciper un défaut de protêt ou de présentation que ce dernier n'a pas le droit d'opposer au porteur;

Attendu, d'autre part, que si l'art. 804 C. O. énonce que le recours du porteur contre le tireur et les autres garants se prescrit par un mois dès la date du protêt, cette prescription ne s'applique pas au donneur d'aval pour le souscripteur;

Attendu, en effet, que le point de départ de la prescription de l'art. 804 est le protêt; que si ce point de départ n'existe pas légalement, la prescription ne peut pas courir, ce qui est le cas pour le donneur d'aval en faveur du souscripteur, puisque la formalité du protêt n'est pas nécessaire contre celui-ci, aux termes de l'art. 828 susvisé;

Attendu que ce terme: les autres garants, s'applique aux endosseurs et aux intervenants par honneur, qui sont libérés des obligations spéciales du contrat de change si la lettre ou le billet ne leur a pas été présenté, ou si le protêt n'a pas été dressé dans les délais légaux;

Attendu que la seule déchéance dont puisse se prévaloir le donneur d'aval pour le souscripteur est la prescription de trois ans dès le jour de l'échéance (art. 829 C. O.);

Attendu que dans l'espèce actuelle, ce délai fatal n'est pas expiré. . . .

Vu les art. 768 § 1, 808, 828 § 3 et 829 C. O;

Par ces motifs,

le Tribunal . . . . . condamne Dufaux et Mottaz à payer solidairement entre eux à Sonnex, avec les intérêts tels que de droit dès le 31 mars 1884, la somme de 450 fr.

55. *Klage aus dem Wechsel, Einreden. Der Acceptant kann Einreden aus der Person des Trassanten dem Indossatar nur entgegenhalten, wenn letzterer entweder nicht eigentlicher Indossatar, sondern nur Einzugsmandatar (Stellvertreter) des Trassanten ist oder dann nachgewiesen wird, dass ihm beim Erwerb des Wechsels das Verhältniss zwischen dem Trassanten und dem Acceptanten bekannt war. Art. 811 O.-R.*

**Zürich.** Rekurskammer-Entscheid vom 30. April 1884 i. S. Bircher c. Dietschweiler.

Der Rekursgegner Dietschweiler wurde als Trassat und Acceptant eines Wechsels belangt, für Fr. 103. 70 Cts. nebst Kosten, von dem Rekurrenten Bircher, als Indossatar des Wechsels. Aussteller der Tratte war A. Landolt. Der Rekursgegner produzirte eine Erklärung dieses letztern, wonach dieser ihm bei Errichtung des Wechsels zugesichert hatte, er werde gegenüber keinem Inhaber desselben eine Verbindlichkeit zur Einlösung oder zur Zahlung haben. Auf Grund hievon verlangte der Rekursgegner Abweisung der Wechselklage. Erstinstanzlich siegte er mit diesem Antrag ob, zweitinstanzlich wurde hierüber bemerkt:

Motive: Die aus der Erklärung des Landolt hergeleitete Einrede würde unzweifelhaft zur Bestreitung der Schuldpflicht hinreichen, wenn Landolt, der Aussteller des Wechsels, selbst diesen geltend machen wollte, (Schneider Com. zu Art. 811, bei Ziff. 2), da der Umstand, dass derselbe entgegen seinem bestimmten Versprechen nicht für Einlösung des Wechsels besorgt war und damit die Zahlung einer Nichtschuld durch den Acceptanten herbeiführen will, offenbar auf einen Dolus des erstern schliessen lässt. — Ganz gleich verhält sich nun die Sache, wenn der Rekurrent nicht Eigenthümer des Wechsels, sondern nur Einzugsmandatar im Sinne des Art. 735 ist; denn dannzumal handelt jener lediglich als Stellvertreter des Wechselausstellers und hat sich als solcher diejenigen zivilrechtlichen Einreden gefallen zu lassen, welche dem Auftraggeber gegenüber geltend gemacht werden können (Hafner Com. zu Art. 811). — Bei einem eigentlichen Indossamente dagegen könnte die Einrede des Bezogenen allerdings nur dann gehört werden, wenn feststände, dass dem gegenwärtigen Inhaber des Wechsels die Beziehungen zwischen dem Aussteller und dem Acceptanten bekannt gewesen wären und der erstere den Wechsel dennoch erworben hätte. (Verg. die Commentare von Schneider und Hafner.)

36. *Die Lehre vom anvertrauten Gut in §§ 652 ff. d. Priv.-Ges.-B. des Kantons Zürich ist durch O. R. (Art. 881 u. 205) aufgehoben, weil sie dem von diesem behandelten Mobiliarsachenrecht angehört. Da nach dem O. R. die Besitzesübertragung Voraussetzung für den Erwerb von Eigenthum und Pfandrecht bildet, so kann der Inhaber eines Pfandrechts ohne Besitz, wenn die Sache einem Dritten angehört, der sie im Besitz des Schuldners gelassen hat, diesem Dritten die Lehre vom anvertrauten Gut nicht entgegenhalten. Art. 881 u. 205 O. R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 1. April 1884, i. S. A. Rothschild c. Leihkasse Stammheim.

H. G. Brühlmann in Rudolfingen errichtete am 10. Nov. 1880 eine freiwillige Pfandverschreibung für Fr. 500 zu Gunsten der Leihkasse Stammheim und setzte als Pfänder zwei Kühe ein. Die eine derselben vertauschte er am 12. Jan. 1883 an A. Rothschild gegen eine andere Kuh gelbstern, ca. 6 Jahre alt; hiefür hatte er an Rothschild ein Aufgeld von Fr. 240. — zu bezahlen, und für letztere Schuld behielt sich dieser das Eigenthum an der dem Brühlmann zugetauschten Kuh vor bis zur Zahlung. Die Pfandänderung wurde am 20. Januar 1883 in der Pfandverschreibung der Leihkasse vorgemerkt. — Unterm 16. Nov. 1883 gerieth Brühlmann in Konkurs und es entstand nun Streit darüber, ob mit Bezug auf die eingetauschte Kuh des Kridars das Pfandrecht der Leihkasse oder das Eigenthum des Rothschild vorgehen, bzw. ob aus dem Versilberungserlöse zunächst jene oder dieser zu befriedigen sei. Der Konkursrichter entschied für den Vorrang des Pfandrechts, davon ausgehend, die Pfandverschreibung finde sich formell in Ordnung, und das Pfandrecht gehe der Eigenthumsansprache im dinglichen Range deswegen vor, weil die Leihkasse beim Erwerb des Pfandrechtes sich im guten Glauben befunden habe, dass Brühlmann Eigenthümer des Pfandes sei. — Der von Rothschild hiegegen ergriffene Rekurs wurde gutgeheissen.

Motive: Die erste Instanz bezieht auf die fragl. Pfandbestellung die Lehre vom anvertrauten Gut, welche im priv. G. B. in den §§ 652 ff. enthalten ist. Die Rechte des Rekurrenten sind jedoch, da sie sich auf den Tauschvertrag vom 12. Januar 1883 stützen, nach dem Schweiz. Obligationenrecht zu beurtheilen. Als aufgehoben erscheinen nämlich, — gleichviel, ob sie inhaltlich dem Schweiz. Obligationenrecht entsprechen oder widersprechen, — alle diejenigen kantonalen Gesetzesbestimmungen, deren Rechtsinhalt in das Gebiet des Schweiz. Obligationenrechts gezogen worden ist, (Hafner,

Obligationenrecht-Einleitung, S. XXII.) und dies ist bei der Lehre vom anvertrauten Gut der Fall; denn dieselbe gehört zum Mobiliarsachenrecht, welches das Schweiz. Obligationenrecht behandelt. Die §§ 652 ff. bleiben auch nicht etwa in beschränktem Umfange, nämlich mit Bezug auf die aus der Verpfändung von Vieh hervorgehenden Rechte, in Kraft, da die Vorschriften des Zürch. priv. G. B. über die freiwilligen Pfandverschreibungen die Anwendung der in den §§ 652 ff. niedergelegten Grundsätze über die Lehre vom anvertrauten Gut nicht ausdrücklich fordern. — Das Schweiz. Obligationenrecht enthält nun die Lehre vom anvertrauten Gut in Art. 205 und zwar in Aufnahme des französischen Rechts in weitergehendem Sinne als das zürch. priv. G. B., indem nach jener Vorschrift der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache an derselben Eigenthum erlangt, vorbehältlich der Bestimmungen über gestohlene oder verlorene Sachen. Die Leihkasse kann jedoch ihre Ansprache hierauf nicht stützen, da ihr lediglich ein Pfandrecht ohne Besitzesübertragung eingeräumt worden ist, währenddem die Erlangung des Besitzes nach dem Schweiz. Obligationenrecht unzweifelhaft Voraussetzung des „Erwerbes" einer beweglichen Sache bildet. Ueberhaupt ist die Besitzesentäusserung charakteristisch für die besondern Rechtssätze, welche das germanische Recht für das anvertraute Gut gebildet hat, und dies ist auch von der zürcherischen Praxis festgehalten worden, indem dieselbe wiederholt ausgesprochen hat, dass die §§ 652 ff, priv. G. B. bei Verpfändung des anvertrauten Gutes, sofern dessen Besitz beibehalten wird, nicht anwendbar seien. (Zürch. Zeitschr. Bd. IX., S. 260 f. 3 u. die diesseit. Entscheide v. 11, Febr. 1882 i. S. Maurer c. Leihkasse Meilen u. 10. März 1883 i. S. Kurz u. Gut c. Fries.)

---

57. *Rechtsverhältniss der vor dem 1. Januar 1883 im Kanton Zürich errichteten freiwilligen Pfandverschreibungen gemäss §§. 874—886 priv. G.-B. Uebergangsbestimmung des Art. 885 Abs. 1 O, R.*[1])

*Eine Erneuerung der vor dem 1. Januar 1883 errichteten Pfandverschreibungen ist auch von da an noch während 6 Monaten nach Eintritt des vereinbarten oder durch Kündigung herbeigeführten Fälligkeitstermins der Forderung zulässig.*

[1]) Im Kanton Zürich bestanden laut dem Rechenschaftsbericht des Obergerichts für das Jahr 1883 am Ende dieses Jahres noch 2002 freiwillige Pfandverschreibungen. (Ende 1882: 4396, — 1881: 5160, — 1880: 5110).

a) Auszug aus dem Rechenschaftsbericht des Zürch. Obergerichts für das Jahr 1882. Seite 88/89.

Mit Bezug auf die Zulässigkeit der Erneuerung freiwilliger Pfandverschreibungen nach dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Schweiz. Obligationenrechtes war das Obergericht anfänglich, da nur das Bundesgericht endgültig über die bezüglichen Fragen zu entscheiden berufen ist, und dasselbe es abgelehnt hatte, zum voraus seine Ansicht auszusprechen, in einiger Verlegenheit, was den Bezirksgerichtspräsidenten als Richtschnur vorzuschreiben sei. In Folge vielfacher Besprechungen dieses Gegenstandes glaubte dasselbe sich indess schliesslich auf den Standpunkt stellen zu sollen, dass eine Erneuerung der vor dem 1. Januar 1888 errichteten Pfandverschreibungen auch in Zukunft noch während 6 Monaten nach Eintritt des vereinbarten oder durch Kündigung herbeigeführten Fälligkeitstermines der Forderung zulässig sei, und erliess unter diesem Gesichtspunkte die Anweisung vom 14. Dezember 1882. (S. unten bei c.)

Da indessen nicht mit Bestimmtheit vorauszusehen war, dass diese Ansicht in streitigen Fällen auch von dem Bundesgerichte werde getheilt werden, und auch sonst noch allerlei Fälle ins Auge zu fassen waren, in denen die Inhaber von Pfandverschreibungen, wenn sie ohne Wegleitung gelassen wurden, in Folge unrichtigen Benehmens Schaden erleiden können, so wandte sich das Obergericht mit dem Gesuche an die Justizdirektion, eine solche Wegleitung von sich aus zu publiziren, indem es zugleich die nach seiner Ansicht wichtigsten Fragen bezeichnete. Dieser Einladung kam die Justizdirektion durch Erlass einer Publikation in dem gewünschten Sinne nach.

b) Auszug aus einer Bekanntmachung der Zürch. Justizdirektion, vom 14. Dezember 1882. (Zürch. Amtsblatt, Abth. Text, 1882, S. 1009 ff. Nach obergerichtlicher Anordnung ist diese Publikation jedem Inhaber einer freiwilligen Pfandverschreibung anlässlich der Erneuerung zu verabreichen).

Als Motiv führt die Bekanntmachung an, die Bestimmungen des Schweiz. Obligationenrechts, wodurch den Inhabern freiwilliger Pfandverschreibungen, soweit solche nach dem neuen Gesetz grundsätzlich nicht mehr zulässig seien, eine Frist zur Ablösung gewährt werde, seien nicht hinlänglich erschöpfend, im Hinblick auf die besondern Eigenthümlichkeiten des Zürch. Institutes der freiwilligen Pfandverschreibungen, so dass eine offizielle Rechtsbelehrung sich rechtfertige.

Sodann wird zunächst mit Rücksicht auf die nicht kurzweg auszuschliessende Ansicht, dass eine Erneuerung freiwilliger Pfandverschreibungen, nach dem 31. Dezember 1882 überhaupt nicht mehr zulässig sei, der Rath gegeben, die Erneuerung von Pfandverschreibungen vor jenem Tage noch vorzunehmen, um diese wenigstens so lange zu erhalten, als bei der ungünstigen Auslegung des Gesetzes möglich sei. — Auf Grund der vom Obergericht aufgenommenen Interpretation (s. oben bei a) wird sodann gesagt: „Zweifelhaft ist insbesondere, wie es mit der Ablösung von Pfandverschreibungen ohne bestimmten Zahlungs- und Kündigungstermin und mit den blossen Bürgschaftsversicherungen zu halten sei, d. h. ob und in welcher Weise hiebei die Bestimmungen des Schweiz. Obligationenrechts bezüglich Kündigung oder die einschlägigen Bestimmungen des zürch. priv. G.-B. zur Anwendung kommen. Mit Bezug auf diese beiden Arten freiwilliger Pfandverschreibungen liegt es daher jedenfalls im Interesse der Besitzer, für möglichst baldige Liquidation zu sorgen und insbesondere bei Bürgschaften, wenn eine sofortige Uebernahme der Hauptschuld unthunlich ist, den Versuch zu machen, ob, wenn die Lösung auf anderm Wege nicht möglich ist, die Grundsätze über Kündigung, wie solche im Schweiz. Obligationenrecht festgesetzt sind und welche für den Bürgen günstiger lauten, als diejenigen des kantonalen priv. G.-B. von den Gerichten zur Anwendung gebracht werden. Mit Bezug auf Forderungen mit festem Verfalltermin oder bestimmter Kündigung besteht dagegen kein Zweifel über die Art und Weise, wie bei deren Eintreibung zu verfahren ist, ohne des Pfandrechtes verlustig zu gehen. Es gelten hier nämlich folgende Grundsätze:

1. Wenn die Forderung auf einen festen Termin fällig ist, so erlischt das Pfandrecht, wenn der Fälligkeitstermin vor den 1. Januar 1883 fällt, mit dem 1. Juli 1883. Wird die Forderung dagegen nach dem 1. Januar 1883 fällig, so bleibt das Pfandrecht noch 6 Monate nach Eintritt des Fälligkeitstermines in Kraft.

2. Wenn es zur Eintreibung der Forderung einer Kündigung bedarf, so bleibt das Pfandrecht noch 6 Monate von dem nächsten Termin an in Kraft, auf welchen am 1. Januar 1883 die Kündigung zulässig ist."

c) Das Obergericht erliess unterm 14. Dez. 1882 im Anschluss an diese Bekanntmachung folgende Anweisung an die Bezirksgerichtspräsidenten: (abgedruckt im Rechenschaftsbericht dess. pro 1882, S. 97).

„Vom 1. Januar 1883 an dürfen einstweilen auch noch Erneuerungen alter Pfandverschreibungen vorgenommen werden, so lange bis von dem Rückzahlungs- oder ersten Kündigungstermin an gerechnet, weitere 6 Monate verflossen sind. Ebenso dürfen neue Pfandverschreibungen errichtet werden, insofern sie sich auf Vieh beziehen und zwar nach den bisher geltenden Bestimmungen. Bei jeder Erneuerung ist der Bewilligung der Zusatz beizufügen: unter Vorbehalt der Bestimmungen des eidgen. Obligationenrechts."

---

58. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Wenn ein Anspruch aus einem Benehmen einer Person abgeleitet wird, welches in einer Reihe von Vorgängen zur Erscheinung kommt, so ist für die Rechtsanwendung die Zeit des letzten dieser Vorgänge massgebend. Art. 882 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 2. September 1884 i. S. Harder c. Wipf. (S. f. oben Nr. 41).

Der Kläger Harder verlangte die einseitige Aufhebung eines mit dem Beklagten Wipf vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossenen Miethvertrages, unter Anrufung von Art. 277 O. R., indem er zur Begründung anführte, das Benehmen des Vermiethers ihm gegenüber enthalte eine erhebliche Störung seines Miethbesitzes. Derselbe berief sich in dieser Hinsicht theils auf Vorfälle aus der Zeit vor dem 1. Januar 1883, theils auf solche seit diesem Tage. Das Gericht brachte für die Klage das Schweiz. Obligationenrecht zur Anwendung. (Die Entscheidung selbst s. oben bei Nr. 41).

Motive: Die Klage ist auf Auflösung des Miethvertrages der Litiganten gerichtet; dieselbe hat somit den Untergang einer Obligation zum Gegenstand. Wenn nun auch einzelne der Handlungen, auf welche der eingeklagte Anspruch gestützt wird, in die Zeit vor dem 1. Januar 1883, als den Tag des Inkrafttretens des Schweiz. Obligationenrechts fallen, so sind eben als Grundlage des Anspruches nicht die einzelnen Vorgänge als solche zu betrachten, sondern das durch deren Gesammtheit dargestellte Benehmen des Beklagten, und nach dieser Auffassung ist der letzte dieser Vorfälle, als Abschluss derselben massgebend; dieser aber fällt unter die Herrschaft des neuen Gesetzes.

---

**59.** ***Fortdauer der vor dem 1. Januar 1883 nach kantonalen Zürch. Recht begründeten freiwilligen Pfandverschreibung. Zu derselben ist zugleich die Erfüllung der Vorschriften des kantonalen Rechts erforderlich. Art. 885 O.-R.***

**Zürich.** Entscheid des Konkursrichters des Bezirks Meilen vom 22. Nov. 1883 i. S. Erben Schwarzenbach c. Notariatskanzlei Meilen, Namens Konkursmasse Walder.

J. Walder errichtete am 6. Juni 1882 zu Gunsten Schwarzenbach für dessen Forderung von Fr. 4919.— eine freiwillige Pfandverschreibung auf Viehstücke und auf landwirthschaftliche Gegenstände. Der Gläubiger versäumte, die in § 885 des Zürch. priv. G.-B. für die Fortdauer der Gültigkeit der Pfandverschreibung erforderliche Erneuerung derselben (s. oben Seite 57 Nr. 57) vorzunehmen. In dem später über Walder ausgebrochenen Konkurse hatte der Konkursrichter darüber zu entscheiden, ob aus diesem Grunde die Pfandverschreibung ungültig sei. Derselbe bejahte diese Frage und zwar speziell auch mit Bezug auf das Pfandrecht an den landwirthschaftlichen Gegenständen.

Motive: Es ist festzuhalten, dass das Schweiz. Obligationenrecht (Art. 210) ein verschriebenes Pfand überall nicht kennt und demzufolge auch keinerlei Formen feststellt, an deren Vorhandensein sich die Existenz des Pfandrechts knüpft. Wenn nun das Obligationenrecht ausnahmsweise in gewissen Grenzen verschriebene Pfänder anerkennt, die bei seinem Inkrafttreten vorhanden waren, so hat es dieselben offenbar nur schützen können und wollen, wenn dieselben nach kantonalem Recht, also ohne sein Dazwischentreten zu Recht bestehen. Dagegen hat dasselbe nicht die Fortdauer solcher Pfandrechte im Auge gehabt, welche die vom kantonalen Rechte geforderten Requisite nicht in sich tragen; denn es beschränkt Art. 885 des O. R., welcher die betreffenden Uebergangsbestimmungen enthält, den Schutz auf diejenigen Mobiliarpfandrechte, welche vor dem 1. Jan. 1883 errichtet worden sind, und diese haben, mit rechtlicher Wirkung, nur unter Beobachtung der kantonalen Gesetzesvorschriften entstehen, und bis zum 1. Januar 1883 bestehen können. Wollte man aber sagen, es genüge, wenn nur die Errichtung des Pfandrechtes nach kantonalen Vorschriften geschehen, es sei aber deren Beobachtung nach dem 1. Januar 1883 nicht mehr nöthig, gleichwohl bestehe das verschriebene Pfand noch zu Recht, so würde damit das Bestehen eines Pfandrechtes ohne Besitzesübergabe nach schweiz. Rechte für die

in Art. 885 O. R. vorgesehene Uebergangsperiode behauptet, ein Pfandrecht, das aber aller kantonalen Requisite entkleidet und durchaus formlos wäre. Ein solches Rechtsinstitut ist nun im Schweiz. Obligationenrecht nicht nur nicht geschaffen, sondern durch Art. 210 l. 1 in formellster Weise ausgeschlossen, es würde ein solches auch im schroffsten Gegensatz zu der ratio legis stehen, welche den verschriebenen Pfändern ein Ende hat bereiten wollen. Hieraus folgt, dass das Schweiz. Obligationenrecht für den Zeitraum, wo dasselbe verschriebene Pfänder noch anerkennt, nichts Neues hat schaffen wollen, sondern das kantonale Recht als noch in Kraft stehend betrachtet wissen will. Daraus ist ferner abzuleiten, dass das Schweiz. Obligationenrecht, wenn es in Art. 885 von dem Erlöschen der freiwilligen Pfandverschreibungen spricht, dabei nichts Anderes im Auge haben kann, als das jeweilige Erlöschen dieser Art Pfandrechte, welches eintreten soll, damit der vom neuen Gesetz gewollte neue Rechtszustand in's Leben trete, dass es aber nicht Vorschriften darüber enthält, wie nach dem 1. Januar 1883 die kantonalen Pfandrechte beschaffen sein sollen. Art. 885 findet denn auch das Kriterium der Beendigung des Pfandrechts nicht in irgend einer Eigenschaft dieses Rechts, sondern in einer solchen der Forderung, zieht also bei Entscheidung der Frage der Gültigkeit des Pfandrechtes irgend welche Vorschriften über das Pfandrecht gar nicht in Berücksichtigung, modificirt dieselben also auch nicht. Es ist deshalb, wie auch schon nach der ganzen Stellung, die das Obligationenrecht gegenüber den verschriebenen Pfändern eingenommen hat, durchaus unrichtig, wenn man glaubt, Art. 885 habe irgendwelche Vorschriften über die Bedeutung und den Inhalt der Pfandrechte für verschriebene Pfänder aufgestellt. Dass dies nicht der Fall, ist schon durch den eingeschobenen Satz „falls nicht ein früherer Untergang durch das kantonale Recht bestimmt ist", deutlich gesagt. Allerdings wahrt diese Stelle nur das kantonale Recht mit Bezug auf die Zeitdauer der Pfandrechte, es steht dies aber den vorgehenden Ausführungen nicht entgegen, weil der Gesetzgeber hier, wo es sich lediglich um Feststellung der Dauer der Pfandrechte handelt, keinen Anlass gehabt hat, eine allgemeine Klausel hinsichtlich des kantonalen Rechtes anzubringen. Die Bedeutung des allegirten Satzes ist an sich klar, er selbst sagt, dass die Vorschriften des Art. 885 nur in Kraft treten, wo das Pfandrecht nach kantonalem Recht nicht schon früher erlischt. Es soll also jedenfalls

Art. 885 nie ein Pfandrecht aufrecht erhalten, das nach kantonalem Recht nicht mehr bestehen würde, m. a. W. innerhalb der durch Art. 885 gesetzten zeitlichen Grenzen ist das kantonale Recht massgebend, und wenn die Pfandverschreibung nach diesem Recht nicht mehr besteht, so kommt Art. 885 überhaupt nicht zur Anwendung. Dies gilt nicht nur bei Satz 1 von Art. 885, sondern auch für die übrigen Sätze dieses Artikels. Diese letztern sind nämlich nicht selbstständige Rechtsvorschriften, sondern lediglich Ausführungen von Satz 1 und beziehen sich darum auch nicht auf diejenigen Rechtsverhältnisse, welche Satz 1 selbst ausschliesst. Es erhellt dies auch daraus, dass Satz 2 u. 3 sich auf Kündigungs- und Verjährungsfristen von Rechtsverhältnissen beziehen, die, soweit sie durch die Parenthese von Satz 1 von der Unterordnung unter diese Bestimmung ausgeschlossen, bei Beginn dieser Fristen bereits untergegangen sind.

---

60. *Gültigkeitsfrist für die vor dem 1. Januar 1883 nach kantonalem Zürch. Recht begründeten freiwilligen Pfandverschreibungen auf andere Sachen als Vieh. Bei nicht betagten Forderungen ist als Kündigungstermin, von dem an die Pfandverschreibung noch 6 Monate in Kraft besteht, derjenige Termin nach dem 1. Jan. 1883 zu verstehen, an welchem seit letzterm Tag die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist abgelaufen ist. Art. 885 Satz 2 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer vom 19. Oktober 1883 i. S. Prof. Dr. A. Schneider.

Der Audienzrichter in Zürich wies unterm 12. Oktober 1883 das Gesuch des Prof. Dr. Schneider um Erneuerung [1]) einer freiwilligen Pfandverschreibung für Fr. 7000 d. d. 8. Oktober 1878 ab, soweit dieselbe sich auf hausräthliche Gegenstände, Feldgeräthschaften u. s. w. bezieht, mit der Begründung, dass das Pfandrecht gemäss Art. 885 O. R. mit 1. Juli 1883 erloschen sei. Der hiegegen ergriffene Rekurs wurde gutgeheissen.

Motive: Wie aus der Pfandverschreibung hervorgeht,

---

[1]) Nach § 885 zürch. priv. G.-B. besteht das durch eine freiwillige Pfandverschreibung begründete Pfandrecht zunächst nur für die Dauer eines Jahres vom Datum der Bewilligung durch den Bezirksgerichtspräsidenten an, und bedarf zu seiner Forterhaltung einer vor Ablauf dieser Frist vorzunehmenden Erneuerung, welche vom Gerichtspräsidenten auf einfaches Begehren je auf ein weiteres Jahr zu ertheilen, und sowohl im Pfandbuch des Gemeindammanns als auch in der Pfandverschreibungsurkunde selbst vorzumerken ist.

besteht für die Forderung, für welche jene errichtet wurde, ein bestimmter Kündigungstermin, je auf Mai und Martini. Es richtet sich daher die Frage, welchen Einfluss das Schweiz. Obligationenrecht auf die Existenz des vorliegenden Pfandrechtes habe, nach Art. 885 Satz 2 des genannten Gesetzes, wonach bei derartigen Forderungen das Pfandrecht 6 Monate nach dem ersten Tage, auf welchen die Kündigung zulässig ist, erlischt. Nun ist aber sofort klar und ergibt sich übrigens auch aus Art. 882 und 884 O. R., welche eine rückwirkende Kraft des Gesetzes ausschliessen, dass mit diesem Kündigungstermin, welcher die sechsmonatliche Frist einleitet, nicht ein Zeitpunkt vor dem 1. Januar 1883 gemeint sein kann; sondern es ist darunter vielmehr derjenige Termin verstanden, auf welchen nach dem 1. Jan. 1883 die Forderung nach den Bestimmungen des Schuldvertrages zum ersten Mal gekündet werden kann. Dieser Termin ist aber im vorliegenden Fall, da die Kündigungsfrist eine halbjährliche ist und also nach dem Inkrafttreten des Gesetzes auf den 11. Mai 1883 nicht mehr erfolgen konnte, der 11. November 1883, und somit erlischt das Pfandrecht erst am 11. Mai 1884.

---

61. *Freiwillige Pfandverschreibung als Bürgschaftsversicherung. Als Fälligkeitstermin der Forderung des zahlenden Bürgen an den Hauptschuldner, soweit eine solche gemäss dem der Bürgschaft zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss entsteht, ist der Tag der Zahlung der verbürgten Schuld zu betrachten. Art. 504 O. R. Aus Art. 885 O. R. folgt keine Pflicht des Bürgen, dass er sich durch Zahlung der verbürgten Schuld oder Kündigung der Bürgschaft in die Lage versetze, das Pfandrecht möglichst bald zu realisiren.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 11. März 1884 i. S. Hans Huber c. Jakob Näf u. Cons.

Gegenstand des Streites war die Rechtsgültigkeit einer freiwilligen Pfandverschreibung, welche unterm 27. Juni 1879 errichtet worden war als Bürgschaftsversicherung, d. h. als Sicherstellung der Bürgen einer im übrigen nicht versicherten Forderung für die ihnen bei ihrer allfälligen Zahlung dem Hauptschuldner gegenüber zustehenden Ansprüche. Der Hauptschuldner kam in Konkurs und die Bürgen mussten zahlen, was am 31. Dez. 1883 geschah. Dieselben sprachen nun auf Grund ihrer Pfandverschreibung das Pfandrecht an den als Pfänder verschriebenen Sachen an. Der Anspruch wurde von anderen Gläubigern bestritten und als Anfechtungsgrund namentlich geltend gemacht, das streitige Pfandrecht

sei gemäss Art. 885 O.-R. in Folge Ablaufes von 6 Monaten seit Verfall der Forderungen erloschen, als Fälligkeitstermin sei der Tag der Begründung der Hauptschuld zu betrachten. (Derselbe fällt in die Zeit vor den 13. Juni 1879). Das Gericht erklärte die freiwillige Pfandverschreibung als rechtsbeständig.

Motive (mit Bezug auf den Fälligkeitstermin der Forderung der Bürgen): Auf Grund von § 1800 des zürch. priv. G.-B. wäre davon auszugehen, dass die von den Bürgen geltend gemachte Forderung eine Entschädigungsforderung sei, abgeleitet aus der Thatsache, dass sie kraft der für den Cridar eingegangenen Bürgschaft für denselben bezahlt haben. Diese Forderung konnte unmöglich vor der sie begründenden Thatsache, d. h. vor der Zahlung entstehen. Der Annahme des Einsprechers, die forderungsbegründende Thatsache sei die Eingehung der Bürgschaft, ist durchaus irrthümlich; es kann bloss so viel zugegeben werden, dass die beiden Thatsachen, d. h. diejenige der Eingehung der Bürgschaft und diejenige der Zahlung zusammen, den Entschädigungs-Anspruch begründen, sie bilden juristisch eine Thatsache, die erst vollendet ist und rechtliche Wirkung hat, nachdem die Zahlung als Folge der Bürgschaft eingetreten ist. Man könnte zwar vielleicht daran denken, die Eingehung der Bürgschaft insofern als einzige schuldbegründende Thatsache anzusehen, als durch dieselbe eine durch die nachfolgende Zahlung bedingte Forderung des Bürgen geschaffen werde; allein abgesehen davon, dass von eigentlich bedingten Forderungen doch in Wirklichkeit nur da gesprochen werden kann, wo es sich um eine durch freie Willenserklärung der Contrahenten festgestellte Bedingung handelt, scheint diese Auffassung auch nicht im Sinne des Gesetzes zu liegen, zumal dieses die Entschädigungsforderung des Bürgen deutlich genug an die Thatsache der Zahlung aus der Bürgschaft knüpft und damit zu erkennen gibt, dass die Zahlung nicht nur Bedingung, sondern Bestandtheil der forderungsbegründenden Thatsache selbst sein und somit die Forderung nicht schon früher, sondern erst mit ihr als zur Existenz gelangt betrachtet werden soll. Die Konsequenz dieser Auffassung ist dann allerdings die, dass die Sicherstellung einer derartigen Forderung nicht diejenige einer bedingten, sondern einer zukünftigen Forderung ist, zu der aber durch Eingehung der Bürgschaft bereits der Grund gelegt worden ist. Nun aber weicht das schweiz. Obligationenrecht, unter dessen Herrschaft die Zahlung der Bürgen erfolgt ist, insofern vom priv. G.-B. ab, als es nicht wie dieses in § 1800

an jede Bürgschaftseingehung mit nachfolgender Zahlung des Bürgen eine Entschädigungsforderung des Letztern gegenüber dem Hauptschuldner knüpft in der Meinung, dass diese so lange als existent betrachtet werden soll, als nicht eine anderweitige Willensmeinung der Betheiligten nachgewiesen sei. Das Schweiz. Obligationenrecht steht vielmehr auf dem nach Ansicht des Gerichtes durchaus richtigen Standpunkt, dass es die Frage, ob und inwieweit der zahlende Bürge in Folge seiner Zahlung gegenüber dem Hauptschuldner eine selbständige Forderung erwerbe, lediglich nach dem der Bürgschaftseingehung zu Grunde liegenden Rechtsverhältniss zwischen Bürge und Hauptschuldner beantwortet wissen will und im Uebrigen nur den Uebergang der Rechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen festsetzt (siehe Art. 504 und Comm. von Schneider und Fick dazu Ziff. 3). Prüft man nun aber die rechtliche Natur der den Bürgen zustehenden pfandversicherten Forderung auf dieser Grundlage, so ergibt sich sofort, dass dieselbe einfach eine Forderung aus Mandat ist. Wie die mehrfach eingeräumte Bürgschaftsversicherung beweist, ist die Bürgschaft im Einverständniss resp. im Auftrag des Cridars eingegangen worden, dieser erscheint demnach als Mandant und die Ansprecher sind die Mandataren. Als solche haben sie nun allerdings schon mit dem Abschluss des Mandatsvertrages den allgemeinen Anspruch auf Ersatz aller derjenigen Auslagen erworben, welche ihnen aus der Erfüllung des Mandates erwachsen sollten; allein die gegenwärtig in Frage stehende, nach Inhalt und Umfang genau fixirte, mit der actio mandati contraria verfolgbare Forderung ist erst mit dem Momente der Zahlung der Bürgen, d. h. mit dem Zeitpunkte in's Leben getreten, in welchem diese Auslage zufolge des übernommenen Mandates gemacht worden ist; daraus folgt nun aber ohne Weiteres, dass sie auch nicht früher fällig werden konnte. Mit Bezug auf die Einrede des Untergangs der Pfandverschreibung auf Grund des Art. 885 O. R. erlöschen sämmtliche Pfandrechte laut freiwilliger Pfandverschreibung, auch wenn sie nach kantonalem Recht fortbestehen würden, 6 Monate nach eingetretener Fälligkeit der Forderung, also wo diese schon vor Inkrafttreten des Gesetzes (1. Januar 1883) vorhanden war, mit dem 1. Juli 1883 resp. 6 Monate von dem ersten Tage an, auf welchen der Eintritt der Fälligkeit durch Kündigung herbeigeführt werden kann. Wie bereits ausgeführt worden, ist die den Ansprechern zustehende Forderung erst mit der am 31. Dez. 1883 erfolgten Zahlung der Bürgschaftssumme entstanden,

vorher konnte sie aber nicht fällig werden, und deshalb ist es nicht möglich, den Untergang des Pfandrechtes aus Art. 885 abzuleiten, sofern aus dieser Gesetzesstelle nicht eine Verpflichtung der Bürgen des Inhalts herzuleiten ist, dass sie sich durch Bezahlung der verbürgten Schuld oder Kündigung der Bürgschaft hätten in die Lage versetzen sollen, ihr Pfandrecht früher zu realisiren und sofern, falls diese Frage bejaht würde, ihnen die Realisirung vor Ausbruch des Konkurses möglich gewesen wäre. Eine Verpflichtung des erwähnten Inhalts kann nun aber aus dem Art. 885 für die durch freiwillige Pfandverschreibung gedeckten Bürgen nicht abgeleitet werden. Wenn auch die Tendenz dieser Gesetzesstelle dahin geht, solche dem neuen System widersprechende Pfandrechte möglichst bald verschwinden zu lassen, so ist doch anderseits nicht weniger klar der Satz ausgesprochen, dass die Verpflichtung zur Realisirung des Pfandrechtes erst mit der Fälligkeit der Forderung resp. mit demjenigen Zeitpunkte eintrete, auf welchen die Fälligkeit durch Kündigung herbeigeführt werden konnte. Der Gläubiger soll also, sobald er seine Forderung realisiren kann, nicht länger damit zögern, er ist verpflichtet, die Fälligkeit der Forderung, sobald es ihm möglich ist, durch Kündigung herbeizuführen; allein davon ist im Gesetze nichts gesagt, dass er auch für den Eintritt derjenigen Voraussetzungen sorgen soll, von denen die Existenz seiner Forderung selbst und nicht bloss der Eintritt ihrer Fälligkeit abhängt. Es lassen sich eine Reihe bedingter pfandgedeckter Forderungen denken, bei denen es ganz ausser der Macht des Gläubigers steht, für den Eintritt der Bedingung zu sorgen; so wenig man da von einer Realisationspflicht vor Eintritt der Bedingung sprechen kann, ebensowenig lässt sich eine solche gegenüber dem Bürgen statuiren, bevor er, zur Zahlung gezwungen, wirklich bezahlt und so eine Entschädigungsforderung gegenüber dem Hauptschuldner erworben hat. Wenn es der Gesetzgeber für eine Ungerechtigkeit hielt, den Schuldner einer noch nicht fälligen Forderung vor Eintritt der Fälligkeit zur Zahlung zu zwingen, so wäre es auch eine Ungerechtigkeit, dem Bürgen die Verpflichtung aufzuerlegen, Zahlung zu leisten, bevor er muss, oder durch Kündigung der Bürgschaft sich der Gefahr auszusetzen, früher zahlen zu müssen, als das sonst der Fall gewesen wäre, überhaupt dasjenige zu thun, was ihm einen vielleicht sonst vermeidlichen Verlust beibringen kann. Die Gefahr, dass bei dieser Praxis derartige Pfandverschreibungen gar nicht zu beseitigen seien, ist nur eine scheinbare, zumal es nicht sehr

viele Fälle geben wird, in denen die Langmuth des Gläubigers und Bürgen eine so grosse ist wie hier, und übrigens braucht man sich nicht zu verhehlen, dass es auch bei der strengsten Praxis noch ziemlich lange gehen wird, bis die letzte Pfandverschreibung verschwunden ist, zumal es nicht wenige gibt, bei denen die Fälligkeit der Forderung auf Jahre hinausgeschoben ist. Endlich ist nicht zu vergessen, dass die Bestimmung des Art. 885 eigentlich eine singuläre ist, zumal aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die unbeschränkte Fortdauer sämmtlicher vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes entstandener Pfandverschreibungen folgen würde, ein Grund mehr, nicht über den strikten Wortlaut der Gesetzesstelle hinauszugehen, resp. die demselben innewohnende Tendenz nur soweit anzuerkennen, als sie im Text des Gesetzes selbst klaren Ausdruck gefunden hat.

62. *Aufhebung der Pfandrechte ohne Besitzesübergabe. Das Zürch. sog. „generelle Pfandrecht", gemäss §§ 889—895 des Priv.-Ges.-B. ist in Wirklichkeit kein Pfandrecht, sondern ein blosses Konkursprivilegium. Art. 885 u. 210 O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 18. Dezember 1883 i. S. Notariatskanzlei Zürich, Namens Konkursmasse Leonhard Steiner & Cie. c. Baumann-Oetiker.

Motive: Das Generalpfandrecht des zürch. priv. G.-B. ist in Wirklichkeit, d. h. seinem Inhalte nach, — und auf diesen, nicht auf den Namen kommt es an, — gar kein Pfandrecht, sondern ein Konkursprivilegium. — Allerdings nennt unser priv. G.-B. auch die Konkursprivilegien Pfandrechte, und zwar mit Rücksicht auf ihren Entstehungsgrund, „gesetzliche" Pfandrechte, und insofern kann man auch das Generalpfandrecht ein Pfandrecht nennen, nur ist es nicht ein gesetzliches, sondern ein vertragliches Recht in diesem Sinne. Solche Pfandrechte, die ihrem Inhalte nach nur den Charakter von Konkursprivilegien haben, sind nun aber wohl zu unterscheiden von den eigentlichen Pfandrechten mit dinglicher Wirkung, zu welchen unser Generalpfandrecht nicht gezählt werden kann. In gewissem Sinne hat man allerdings auch den blossen Konkursprivilegien einen dinglichen Charakter geglaubt zustehen zu müssen und sie deshalb nicht nur Vorzugsrechte, sondern zugleich Pfandrechte genannt, und zwar erblickte man das Dingliche dieses Rechtes darin, dass dasselbe einen Befriedigungsanspruch aus dem Werthe einer bestimmten Gattung von Vermögensobjekten gewähre;

allein das ist nicht mehr die Dinglichkeit, wie sie dem eigentlichen Pfandrechte innewohnt, und wie sie dem Wesen eines wirklich dinglichen Rechtes entspricht. Wollte man den Begriff der Dinglichkeit so weit ausdehnen, so müsste man jedes Forderungsrecht ein dingliches Recht nennen, zumal dasselbe den Anspruch auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners gewährt.

Das umfassendste dingliche Recht ist bekanntlich das Eigenthum. Daneben giebt es beschränkte dingliche Rechte, und ein solches ist das Pfandrecht, aber nur dann und insofern, als es dem Inhaber eine unmittelbare Herrschaftsbefugniss über die Pfandsache verschafft und in Folge dessen das Recht des Eigenthümers beschränkt. — Diesen Charakter hatte im wesentlichen das Pfandrecht des römischen Rechts; der Pfandgläubiger hatte ein Recht auf den Besitz des Pfandobjekts, sei es nun, dass ihm dieser wie beim Faustpfand, sofort bei der Pfandbestellung verschafft wurde, oder dass er sich denselben, wie bei der Hypothek, erst später, im Falle der Nichtbefriedigung, verschaffen konnte. In diesem Besitze wurde er geschützt durch possessorische Interdikte und konnte überdem sein Besitzesrecht mit der Actio hypothecaria gegen jeden dritten Besitzer geltend machen. Das Pfandrecht war so sehr ein der Pfandsache anhaftendes dingliches Recht, dass es mit derselben ungeschmälert auf jeden neuen Erwerber überging. Speziell verpfändete bewegliche Sachen durften allerdings nicht veräussert werden; allein hier zeigte sich eben die dingliche Natur des Rechtes gerade im Veräusserungsverbot resp. in der darin liegenden Eigenthumsbeschränkung; die Veräusserung war nichtig, es lag in derselben sogar ein furtum. Endlich gewährte das Pfandrecht die Befugniss zum Verkauf des Pfandgegenstandes behufs Befriedigung des Pfandgläubigers, eine Befugniss, die so sehr die unmittelbare dingliche, das Eigenthumsrecht beschränkende Herrschaft über die Pfandsache dokumentirt, dass ihre Geltendmachung den Entzug des Eigenthums zur Folge hat.

Aehnlich verhält es sich mit den Spezialpfandrechten des zürch. priv. G.-B. Das Pfandrecht an Liegenschaften ist ein denselben anhaftendes, beschränktes dingliches Recht, welches mit der Pfandsache auf jeden neuen Erwerber übergeht und dem Gläubiger die Befugniss gewährt, behufs Realisirung seiner Forderung den Konkurs des Schuldners und in diesem den Verkauf des Pfandes herbeizuführen. Eine weitere Eigenthumsbeschränkung

nennt der § 808 des priv. G.-B. — Das Faustpfandrecht gewährt dem Gläubiger den sofortigen Besitz der Sache, wodurch er eine das Eigenthum beschränkende Herrschaftsbefugniss erlangt und zwar in dem Masse, dass er dem Eigenthümer das Pfand vorenthalten kann bis zu seiner vollen Befriedigung (§ 864), er hat ferner die Befugniss der Pfandveräusserung zum Zwecke seiner Befriedigung (§ 868). Auch der dingliche Charakter des durch freiwillige Pfandverschreibung begründeten Pfandrechtes liegt unverkennbar vor; denn auch hier hat der Pfandgläubiger die Veräusserungsbefugniss, die er auf dem Wege des Rechtstriebs realisiren kann. (§ 887). Das Pfandrecht entzieht dem Eigenthümer die Veräusserungsbefugniss, eine gewiss sehr weit gehende dingliche Beschränkung seines Rechts (§ 883), auch geht es mit der Pfandsache auf den neuen Erwerber über, wenn auch nur mit den aus der Lehre über anvertrautes Gut folgenden Beschränkungen. — Die dingliche Natur des gerichtlichen Pfandrechtes endlich äussert sich ebenfalls in der Veräusserungsbefugniss des Pfandgläubigers und in dem Veräusserungsverbot, welches aus diesem Pfandrecht gegenüber dem Pfandschuldner folgt.

Auch das Generalpfandrecht des römischen Rechts hatte dinglichen Charakter, es war aber eben etwas ganz Anderes als das Generalpfandrecht des zürch. priv. G.-B. Dasselbe war nicht ein Pfandrecht am Vermögen als solchem, als einem von seinen Bestandtheilen verschiedenen Rechtsobjekt, sondern, wie das Spezialpfandrecht, ein Pfandrecht an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen, das aber begründet werden konnte ohne spezielle Bezeichnung der letztern, durch blosse Bezeichnung des Collectivnamens, unter welchen die einzelnen Objekte fielen, wie Waarenlager, Vermögen, etc.; so dass Windscheid sagt, der Ausdruck „Generalhypothek" sei ganz unrichtig und zu ersetzen durch den Ausdruck „Generalverpfändung", welcher deutlich darauf hinweist, dass die Verschiedenheit nur in der Bestellung, nicht aber im Objekt und in der Wirkung des Rechtes liegt.— Auch bei dieser Generalverpfändung wurde jedes einzelne im Momente der Pfandbestellung vorhandene Vermögensobjekt vom Pfandrecht ergriffen und zwar mit der gleichen Wirkung, wie wenn es speziell verpfändet worden wäre, ja die Wirkung war sogar insofern noch eine weitergehende, als die nach der Pfandbestellung veräusserten beweglichen Sachen trotz Veräusserung dem Pfandrecht unterworfen blieben. Auch das nach der Pfandbestellung erworbene Vermögen wurde mit

dem Erwerb vom Pfandrechte ergriffen. Der Pfandgläubiger hatte also, wie bei der Spezialhypothek, im Falle der Nichtbefriedigung das Recht der Besitzergreifung, es standen ihm die nämlichen possessorischen und dinglichrechtlichen Klagen zu, vermittelst deren er sich den Besitz der Pfandobjekte verschaffen und sich gegen Störung des Pfandbesitzes vertheidigen konnte. Der Pfandschuldner konnte zwar die einzelnen Gegenstände des verpfändeten Vermögens veräussern aber die dingliche Wirkung des Pfandrechtes äusserte sich darin, dass dasselbe mit seinem Objekt auf den neuen Erwerber überging und ihm im Falle der Nichtbefriedigung mit der Pfandklage abgefordert werden konnte. Ebenso stand dem Pfandgläubiger endlich das Veräusserungsrecht mit Bezug auf sämmtliche Pfandgegenstände zu.

Vergleicht man nun das Generalpfandrecht des zürch. priv. G.-B. hinsichtlich seines Inhaltes und seiner Wirkungen mit dem Spezial- und Generalpfandrecht des römischen Rechts und mit den Spezialpfandrechten des zürch. priv. G.-B., so findet man sofort, dass hier alles dasjenige fehlt, was den letztgenannten Pfandrechten den Charakter der Dinglichkeit gibt und sie daher von den blossen Konkursprivilegien unterscheidet. Das zürch. Generalpfandrecht gibt dem Inhaber desselben weder den Besitz an den einzelnen zum Vermögen gehörenden Gegenständen noch ein Recht auf den Besitz, demnach auch keinerlei Pfandklagen, es ergreift überhaupt die einzelnen zu der verpfändeten Waarengattung oder dem verpfändeten Vermögen gehörenden Gegenstände nicht, der Pfandschuldner kann frei über dieselben verfügen, sie veräussern, verpfänden etc., von dem Uebergang eines daran haftenden Pfandrechtes auf den Erwerber ist keine Rede. Die einzige Befugniss, welche ihm das Pfandrecht vor Ausbruch des Konkurses gewährt, ist die, dass er den Schuldner im Falle der Bescheinigung einer bezüglichen Gefahr an einer allgemeinen und eingreifenden Verpfändung und Veräusserung seiner Habe so lange verhindern kann, bis er befriedigt oder ihm bessere Sicherheit gewährt worden ist (§ 893). Man könnte geneigt sein, hierin eine dingliche Wirkung des Rechtes zu erblicken; allein dies wäre entschieden zu weit gegangen; denn jene Befugniss begründet ja keine aus der Existenz des Rechtes von selbst fliessende direkte Eigenthumsbeschränkung, sie gewährt vielmehr dem Gläubiger bloss ein persönliches Recht auf Sicherstellung in der Weise, dass er ein gerichtliches Veräusserungsverbot auswirken kann. Diese Befugniss ist eigentlich

nichts weiter als eine spezielle Anwendung des in § 989 jedem Gläubiger zugesicherten Rechtes, auf die Anordnung von Sicherheitsmassregeln anzutragen, wenn der Schuldner Einleitungen trifft, um sich der künftigen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen. Der Generalpfandgläubiger hat endlich auch kein Veräusserungsrecht; sondern die einzige Befugniss, welche ihm abgesehen von der soeben besprochenen zusteht, ist die eines Vorrechtes vor den laufenden Gläubigern im Konkurs. Deshalb ist es richtig, dieses Recht lediglich als ein Konkursprivilegium zu betrachten. — Der Umstand, dass das Recht auf Vertrag beruht und wie das Grundpfandrecht zu seiner Begründung der kanzleiischen Fertigung bedarf, ist durchaus kein Grund, von dieser Auffassung abzugehen; denn der juristische Charakter eines Rechtes hängt überall nicht von der Entstehungsart desselben und von den zu seiner Begründung erforderlichen Formalitäten, sondern lediglich von seinem Inhalt und seinen Wirkungen ab. Das Generalpfandrecht hat bezüglich seiner Wirkungen in ganz gleicher Weise schon vor Einführung des priv. G.-B. bestanden, und es sagt Bluntschli in seiner Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, Bd. II, S. 131, dasselbe habe immer nur die Meinung gehabt, dass im Konkurse des Schuldners dem Gläubiger ein Vorrecht vor den laufenden Gläubigern auf die dannzumal vorhandenen zu dem fraglichen Genus gehörenden Gegenstände oder Rechte zustehe. — Das Gleiche sagt auch § 894 des priv. G.-B. sowie der Commentar von Bluntschli hiezu und § 898; auch in Ullmer's Commentar, Suppl. Bd. S. 254 Ziff. 5, ist diese Ansicht niedergelegt. Dass das Generalpfandrecht nicht dingliche sondern obligatorische Natur habe, ist endlich des klarsten ausgesprochen in einer Entscheidung der Civilabtheilung des Obergerichts vom 31. Mai 1866, wo erklärt wurde, dass Forderungen mit einem Generalpfandrecht, auch wenn dieses in Liegenschaften bestehe, in Hinsicht auf die Form der Exekution keineswegs wie grundversicherte Forderungen zu behandeln seien, indem für dieselben kein Spezialpfandrecht an Liegenschaften bestehe. (Zürch. Zeitschrift Bd. XVIII, S. 232.)

---

Unter Berufung auf diesen Entscheid der Appellationskammer und einen übereinstimmenden derselben vom 12. Januar 1884 i. S. Haggenmacher-Studer & Cons. c. Anzengruber erklärte das Gesammtobergericht des Kantons Zürich unterm 3. Mai 1884 eine Beschwerde als be-

gründet, welche bei ihm darüber geführt wurde, dass ein Bezirksgerichtspräsident sich weigerte, eine nach dem 1. Januar 1883 errichtete „Generalobligation", d. h. die notarialische Generalpfandrechtsurkunde, zu besiegeln, welche Förmlichkeit zum Entstehen des Rechts erforderlich ist. (Entscheid in S. J. G. Körner u. A. Bareis.)

Aus den Motiven ist Folgendes hervorzuheben:

Wenn auch im offiziellen Verzeichniss der gültigen und der ganz oder theilweise aufgehobenen Bestimmungen des zürch. priv. G.-B. (Suppl. z. Bd. XX der O.-S.) gerade der Abschnitt über die Generalpfandrechte als im wesentlichen aufgehoben erklärt wird, so ist jenes Verzeichniss ausdrücklich als für die Gerichte unverbindlich erklärt worden. Die Appellationskammer des Obergerichts hat nun in zwei Beschlüssen (den oben zitirten) festgestellt, dass solche generelle Pfandverschreibungen, weil blosse Konkursprivilegien, so lange noch in Geltung bleiben, als nicht ein eidgen. Konkursgesetz hierin eine Aenderung gebracht haben wird. Unter diesen Umständen kann die Errichtung genereller Pfandverschreibungen nicht gehindert werden. Immerhin empfiehlt es sich, wie dies bei Erneuerung freiwilliger Pfandverschreibungen geschieht (s. oben N° 57 bei c.), das Bundesrecht und einen allfälligen Entscheid des Bundesgerichtes ausdrücklich vorzubehalten.

---

63. *Pachtvertrag. Art. 891 O.-R. bezieht sich auch auf die Pacht. Durch die Vereinbarung, nach Ablauf des alten einen neuen Vertrag abschliessen zu wollen, wird die stillschweigende Erneuerung (Art. 311 O.-R.) ausgeschlossen.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, I. Civilabtheilung vom 16. Juli 1884 i. S. Beiner c. Krebs.

Motive: 1. Nach der Natur der Sache muss in Art. 891 der Uebergangsbestimmungen zum O. R., wo zwar ausdrücklich nur Miethe genannt wird, Pacht als inbegriffen betrachtet werden. Denn es fallen beide Rechtsinstitute wesentlich unter die nämlichen Gesichtspunkte und trifft für die Pacht jedenfalls die Möglichkeit der stillschweigenden Willenseinigung nach Art. 1 O.-R., von welcher Art. 891 cit. ausgeht, ganz ebenso zu, wie bei den andern daselbst (Art. 891) aufgezählten Vertragsarten, insbesondere der Miethe. (Cfr. Art. 297 und 311 O.-R. Schneider u. Fick, Com. ad. art. 891 O.-R. Ziff. 1).

2. Da nach Ablauf der Pachtzeit, 15. März 1883, das Pachtverhältniss mit Wissen und ohne Widerspruch des Ver-

pächters Beiner fortgesetzt wurde, so müsste nach Art. 311 O.-R. der Pachtvertrag bei Fehlen anderweitiger Vereinbarung als auf 1 Jahr erneuert gelten, daher die Bestimmungen des frühern Pachtvertrags insbesondere auch in Betreff der Vorausbezahlung des Pachtzinses für die stillschweigend erneuerte Pacht zur Anwendung kommen.

3. Nun ist aber nach der eidlichen Deposition des Klägers zwischen ihm und Beiner vor Ablauf der frühern Pacht die spätere Verabredung eines neuen Pachtvertrages vereinbart und damit implicite der alte Pachtvertrag mit seinen besondern Bestimmungen aufgehoben und vorläufig bloss allgemein die Fortdauer der Pacht ausgemacht worden. Am Nichtzustandekommen dieser spätern Vereinbarung trägt Beiner die Schuld. Es liegt also der Fall vor, wo ohne Festsetzung besonderer Bedingungen ein Pachtvertrag in Vollzug gesetzt wird. Nun sieht das Gesetz eine Vorausbezahlung des Pachtzinses nicht als Regel vor und wurde daher bei Fehlen einer bezüglichen Abrede oder eines anderweitigen (hier nicht geltend gemachten) Ortsgebrauches der Pachtzins erst auf Ende des Pachtjahrs bezw. der Pachtzeit fällig. (Art. 307 O.-R.)

Danach war die Herausnahme eines Bestandverbotes, die an sich zwar neben Art. 297, 294 und 295 O.-R. statthaft ist (cfr. Urtheil des Apell.- und Kassationshofes II. C. A. vom 5. Oktober 1883 i. S. Stampfli, Lak und Schein c. Wanner)[1]), seitens der Masse Beiner vor Auslauf der Pachtzeit ungerechtfertigt und muss das Kassationsbegehren zugesprochen werden, wodurch das eventuelle Begehren dahin fällt.

---

64. *Art. 67 des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht vom 4. Febr. 1853 findet auch auf Störungen des Betriebes von Pferdebahnen (Tramways) Anwendung.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 6. Juni 1884 i. S. Joh. Stärk.

Motive: Von einer Anwendung des Art. 67 des Bundesstrafrechts, auf welchen sich die Anklage stützt, kann im vorliegenden Falle nur dann die Rede sein, wenn die Pferdebahnen als eine Unterart der Eisenbahnen im weiteren Sinne aufzufassen sind, nicht aber auch dann, wenn man zwar eine gewisse Aehnlichkeit dieser beiden dem öffentlichen Verkehr

[1]) S. Bd. II. Nr. 34 dieser „Revue".

dienenden Institute anerkennen, dabei aber doch zugestehen wollte, dass dieselben begrifflich etwas Verschiedenes seien. Bei der letztern Auffassung könnte nämlich höchstens von einer analogen Anwendung der den Bau und Betrieb von Eisenbahnen betreffenden Gesetze gesprochen werden, und es wäre dannzumal, weil Analogien im Strafrecht nicht zulässig sind, das Bundesstrafrecht auf Störungen im Betrieb von Pferdebahnen nicht anwendbar. — Es ist nun aber weder vernunft- noch sprachwidrig, den Begriff der Pferdebahn unter denjenigen der Eisenbahn im gewöhnlichen Sinn zu subsumiren. Erstere hat mit der letztern gemein, dass sie dem öffentlichen Verkehre dient, allerdings zunächst mit Beschränkung auf den Personenverkehr, wobei aber selbstverständlich eine Ausdehnung auf den Waarentransport und den Postdienst für die Zukunft nicht ausgeschlossen bleibt, — sowie, dass die den Betrieb ermöglichende Anlage ebenfalls fremden Grund und Boden in Anspruch nimmt. Sodann finden wir im Betriebe selbst als wesentliches und übereinstimmendes Moment dasjenige, dass die dem Transport dienenden Wagen sich auf einem Schienengeleise bewegen. Hiezu kommt der Umstand, dass ein durchgreifender Unterschied auch im äussern Betriebe nicht mehr besteht, sobald bei einer Strassenbahn an Stelle des Pferdes der Dampfbetrieb tritt, während es sich aber wohl weder aus sachlichen noch aus praktischen Gründen rechtfertigen würde, die Strassenbahn im einen und andern Fall als etwas begrifflich Verschiedenes aufzufassen. — Diese Anschauung ist auch diejenige des Gesetzgebers; denn es hat der Bund sein Konzessionsrecht auf die Pferdebahnen ausgedehnt, was nur von dem vom Bundesrath von Anfang an eingenommenen Standpunkte aus geschehen konnte, dass die Pferdebahnen unter das Eisenbahngesetz vom 28. Juli 1882 fallen (s. Morel Handb. d. Bundesstaatsrechts Bd. II. S. 100 ff.) und somit den eigentlichen Eisenbahnen gleichzustellen seien. Es mag eingewendet werden, dass ja auch der Postomnibusdienst und der Dampfschiffverkehr, obwohl nicht unter das Eisenbahngesetz fallend, einer Konzession bedürfen; allein hier liegt der Grund eben darin, dass diese beiden Unternehmungen im Dienste der Postverwaltung, als eines dem Bunde zustehenden Monopoles stehen, während die Strassenbahnen wenigstens bis jetzt mit dem Postverkehr in keinerlei Beziehungen getreten sind. Ebensowenig geht es an, in der Ertheilung der Konzession einen privatrechtlichen Vertrag zu erblicken, zu dessen Abschluss der Bund gewissermassen ohne innere zwingende

Veranlassung die Hand geboten hätte; denn diese Auffassung würde sich weder damit, dass Pferdebahnen einer staatlichen Konzession bedürfen und ohne eine solche gar nicht betrieben werden können, noch mit dem Begriff der Konzession überhaupt vertragen, welche letztere als ein Ausfluss des staatlichen Hoheitsrechtes zu betrachten ist, also auf öffentlichem Rechte beruht. — Die gesetzgebende Behörde hat denn auch in der Praxis dem Gedanken, dass Pferdebahnen den Eisenbahnen im gewöhnlichen Sinne gleichzustellen seien, in der Weise Ausdruck verliehen, dass bei jeder Konzessionsertheilung für Strassenbahnen, gleichviel ob mit Pferden, oder mit Dampfbetrieb, gesagt wird, dass die Bundesgesetze sowie alle übrigen Vorschriften über Bau und Betrieb der Eisenbahnen, soweit solche auf Pferdebahnen als anwendbar erklärt werden, jederzeit genaue Beachtung finden sollen. Diese Bestimmung findet sich speziell auch in der Konzession der Zürcher Tramwaygesellschaft in Art. 1 vor. Die Frage, welche Bundesgesetze speziell auf Pferdebahnen Anwendung finden, ist allerdings vom Gesetzgeber als eine offene behandelt worden; allein es schliesst dies selbstverständlich nicht aus, dass die Gerichte dieselben im einzelnen Fall selbständig prüfen und entscheiden dürfen; (Vergl. Botschaft des Bundesraths zur Konzession für die Zürcher Tramwaygesellschaft und Morel a. a. O. S. 102). Gegentheils liegt eine direkte Veranlassung hiezu schon im Wortlaut des Vorbehaltes in der Konzession, wonach die Bundesgesetze Anwendung finden, soweit sie als anwendbar erklärt werden. — Nach dem Gesagten stellt sich die Sache so, dass einer Anwendung des Bundesstrafrechtes keine formellen Gründe entgegenstehen, sondern es sich für den Richter bloss fragen kann, ob dieselbe sich aus innern Gründen rechtfertige. Diese Frage ist zu bejahen; denn es ist der Gesetzgeber, wenn er Betriebsstörungen im Eisenbahnverkehr als ein eigenes Delikt hinstellte, offenbar von der Gemeingefährlichkeit ausgegangen, welche derartigen rechtswidrigen Handlungen innewohnt, und diese Gemeingefährlichkeit ist unzweifelhaft auch bei auf dem Strassenbahnnetz durch Gewalt verursachten Entgleisungen vorhanden. Wenn allerdings zugegeben werden muss, dass Entgleisungen von Pferdebahnwagen in der Regel nicht von den schweren Folgen begleitet sein werden, wie sie bei Verunglückung eines Eisenbahnzuges einzutreten pflegen, so ist doch die Möglichkeit vorhanden, dass auch dort, wenn die Entgleisung durch mechanische Gewalt hervorgebracht wird, Menschen-

leben in hohem Masse gefährdet werden. In dieser Richtung ist hervorzuheben, dass sich die Tramwaywagen regelmässig auf belebten Verkehrswegen bewegen, dass die Geleise ohne jede Einfriedigung sind, und dass daher, abgesehen von der Schädigung der Tramwaywagen und deren Insassen, auch die Gefahr des Zusammenstosses mit andern Fuhrwerken und der Schädigung von Passanten nahe liegt, und besonders gross dürfte diese Gefahr z. B. an Kreuzungsstellen sein. Es kommt in Betracht, dass in Folge der Geleiseanlage die Unmöglichkeit, einem entgegenstehenden Hinderniss auszuweichen, hier gerade so gut vorhanden ist, wie bei der eigentlichen Eisenbahn, und wenn auch allerdings gesagt werden kann, dass es leichter ist, einen Tramwaywagen anzuhalten als einen Eisenbahnzug, so kann auf dieses Argument schon desshalb nicht abgestellt werden, weil es namentlich zur Nachtzeit nicht immer wahrscheinlich ist, dass das entgegenstehende Hinderniss bemerkt werde, und eben nur unter dieser Voraussetzung die Gefahr vermieden werden könnte. — Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, das Bundesstrafrecht auf Betriebsstörungen im Strassenbahnverkehr anzuwenden, eine Auffassung, welche auch von der deutschen Strafrechtswissenschaft getheilt zu sein scheint. (Vergl. Oppenhof, Comm. d. deutsch. Strafrechts, § 315 Anm. 2 u. Schwarze Comm. zu § 315, Anm. 3.)

---

Dieses Präjudiz ist vom gleichen Gericht in einem Urtheil vom 11. October 1884 i. S. Bächtold bestätigt worden.

---

65. *Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872. Art. 35 Tarifänderungen. Einführung erhöhter Taxen. Nichteinhalten der Publicationsfrist. Bei vorzeitiger Tariferhöhung kann der Spediteur Rückerstattung der bezahlten Mehrfracht verlangen, ohne einen Schaden nachweisen zu müssen. Die Gesellschaft, welche einen einheitlichen Tarif vorbehaltlos publicirt hat, trägt die Verantwortlichkeit auch für die auf fremde Bahnen entfallenden Strecken.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 2. Mai 1884, bestätigt von dem Appellationsgericht am 19 Juni gl. J. i. S. Gebr. Fiechter c. Jura-Bern-Luzern-Bahn.

Unterm 17. Mai 1879 erschien von der Beklagten im Bundesblatt eine Bekanntmachung des Inhalts, dass mit 20. Mai für den belgisch-französischen Güterverkehr ein neues Tarifbuch in Kraft trete, wodurch die von ihr am 21. März 1879 publicirten Tarife ausser Anwendung gesetzt würden.

Auf dem Umschlag dieses neuen Tarifbuches war gedruckt, dass der Tarif jedenfalls bis 20. Mai 1880 giltig sei und von da an als jeweilen von 3 zu 3 Monaten erneuert gelte, bis die Eisenbahnen Veränderungen dem Publikum angezeigt hätten; Tarifreductionen sollten 14 Tage vorher angezeigt werden. Die betreffende Notiz nahm dabei ausdrücklich Bezug auf das Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872, Art. 35, wo vorgeschrieben ist, dass jede Aenderung am Tarif mindestens 14 Tage vor ihrem Inkrafttreten Veröffentlichung bekommen, Herabsetzung der Taxen mindestens 3 Monate für die Personen und ein Jahr für die Waaren in Kraft bleiben und Erhöhung der Taxen wenigstens 3 Monate vor ihrem Inkrafttreten publicirt werden soll, dass aber, wo ein aus Herabsetzungen und Erhöhungen gemischtes Tarifsystem neu eingeführt werden will, der Bundesrath diese Fristen verkürzen kann, und dass überhaupt der Bundesrath die Beachtung dieser Grundsätze sorgfältig kontrolliren soll. Am 20. April 1882 machte die Beklagte bekannt, dass dieser Tarif auf 1. Mai 1882 durch einen neuen ersetzt werde. Dieser letztere enthält für den Verkehr Antwerpen-Basel via Delle erhöhte Taxen; Kläger waren daher der Meinung, dass dieselben erst am 20. Juli 1882 in Kraft treten dürften und erklärten auch der Beklagten sofort, dass sie mit Rücksicht auf die gesetzlichen Bestimmungen für ihre Transporte bis 20. Juli 1882 die Mehrfracht auf der Strecke Antwerpen-Basel von ihr zurückverlangen würden. Laut Aufstellung vom 15. August beträgt dieselbe für 79 Sendungen Fr. 2001. 20, welche Kläger heute nebst Zins à 5% seit dem Tag der Klage einklagen, in der Replik aber auf Fr. 1671. 22 reduciren wegen des Bundesrathsbeschlusses vom 1. August 1882, welcher in Rücksicht darauf, dass der neue Tarif neben Erhöhungen auch Ermässigungen von Taxen, sowie Aenderungen in der Classification und den Transportbedingungen enthalte, dessen vollständige Anwendung vom 1. Juli 1882 an gestattet. Beklagte hatte sich zur Rückvergütung des auf ihre eigene Linie Delle-Basel entfallenden Theils der Frachtdifferenz erboten, was aber Kläger als ungenügend abgelehnt hatten. Der heutigen Klage gegenüber beantragt die Beklagte vollständige Freisprechung: sie sei für Widerhandlung gegen Art. 35 des cit. Gesetzes dem schweizerischen Eisenbahndepartement unbedingt verantwortlich, den Klägern aber nur soweit, als ihnen durch der Beklagten Handlungsweise Schaden erwachsen sei. Diesen Schaden müssten Kläger nach-

weisen, sie seien aber nicht im Stande, es zu thun, im Gegentheil ergebe sich aus einem Cirkular der Kläger vom 1. Mai 1882, dass sie sofort ihren Kunden die höheren Tarife mittheilten und auch sonst sei die Thatsache ermittelt, dass sie vor Mai 1882 hiesigen Häusern als Uebernahmspreis Antwerpen-Basel für Kaffee Fr. 35. — per 1000 Kilos, nachher aber Fr. 39. 10 berechneten. Uebrigens sei die Beklagte durch die Bewilligung des Eisenbahndepartements, die Publikation im Bundesblatt zu vollziehen, gedeckt, und wenn auch das Departement in dieser Bewilligung den Art. 35 cit. vorbehalten habe, so könne das nur besagen, dass im Allgemeinen und künftig am Gesetz festgehalten werden müsse. Eine Verurtheilung der Beklagten sei auch darum unzulässig, weil die rückliegende Bahn, die französische Ostbahn, jede Rückvergütung für ihre Strecke ablehne und als dem Bundesgesetz nicht unterworfen, nicht dafür belangt werden könne. Mithin sei hier event. der Grundsatz anzuwenden (analog Art. 36 § 2 des Bundesgesetzes betr. den Transport auf Eisenbahnen von 1875), dass die abliefernde Bahn nicht für die fremde Strecke des Verkehrs, resp. für fremde Bahnen haften kann, auf die ihr der Rückgriff ausgeschlossen ist; darnach würde sie nur zu ihrem schon früher gemachten Vergleichsvorschlag zu verurtheilen sein, d. h. zu Fr. 327. 42. Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Die Einwendung, dass die Beklagte nur dem Eisenbahndepartement verantwortlich sei, dieses aber durch Bewilligung der Publikation vom 17. Mai die Tarifänderung sanktioniert habe, ist unstichhaltig. Der einzige massgebende offizielle Akt in dieser Beziehung ist der Bundesrathsbeschluss vom 1. August 1882, welcher die Beklagte erst vom 1. Juli an zur Anwendung des neuen Tarifs ermächtigte. Das kann im Hinblick auf das Bundesgesetz vom 23. Dezember 1872 Art. 35 Ziff. 4 Abs. 2 und Ziff. 5, Abs. 4 so wenig angezweifelt werden, dass in der That beklagterseits gegen dieses wichtige Aktenstück auch gar nichts konnte vorgebracht werden. Ebensowenig begründet ist die Behauptung der Beklagten, dass Kläger genöthigt seien einen Schaden nachzuweisen, der ihnen aus der raschen Abänderung des Tarifs erwachsen sei und ohne solchen Nachweis nicht das Recht hätten, das Gesetz für sich anzurufen, weil sie sonst sich ungerecht bereichern würden. Denn der Anspruch der Kläger ist seiner rechtlichen Natur nach kein Entschädigungsanspruch für nicht gehaltenen Vertrag, sondern ein Anspruch auf Aufrechterhaltung einer von der Beklagten durch Publikation

ihres Tarifs gemachten Offerte und Behaftung der Beklagten bei dieser Offerte auf Grund des dazu berechtigenden Bundesgesetzes, und die Beklagte ist eben durch das Gesetz gebunden, die aus ihrer Offerte dem Publikum entspringenden Vortheile während bestimmter Zeit zu gewähren, gleichviel ob einer Gegenpartei aus vorzeitiger Zurücknahme derselben ein Schaden erwächst oder nicht. Der Zweck des Gesetzes ist, durch diese Bestimmung dem handeltreibenden Publikum eine sichere Basis zu schaffen, auf welcher es für die bestimmte Zeit von drei Monaten seine Berechnungen anstellen und seine Vorkehrungen treffen kann und das Gesetz räumt diesen Vortheil in so absoluter Weise ein, dass er einem Spediteur nicht verloren gehen kann, selbst wenn es ihm gelingt, unter günstigen Umständen und bei besonderer Sorgfalt seine Einrichtungen und Verträge mit seinem Committenten auch einer vorzeitigen Tarifänderung anzupassen. In zweiter Linie fragt sich, ob die Beklagte an den Tarif für die ganze Strecke Antwerpen-Basel, oder nur für ihre eigene Linie Delle-Basel auf die bundesgesetzlich bestimmte Zeit gebunden sei. Es ist nun allerdings richtig, dass die hinter der Beklagten liegenden französischen und belgischen Bahnen dem Bundesgesetz nicht unterworfen sind, und insoweit freie Hand haben, ihre Tarife ohne Rücksicht auf diese 3monatliche Frist abzuändern; ebenso richtig mag es sein, dass die schweizerischen Bahnen nicht im Stande sind, diesen ihren Vorbahnen die Bestimmungen des schweiz. Gesetzes durch Vertrag zu überbinden, sondern mehr oder weniger von dem guten Willen der Vorbahnen abhängen. Aber das sind Betrachtungen, die der Richter nicht berücksichtigen kann, wenn sie dem Gesetz nicht berücksichtigenswerth erschienen sind, wie das in unserer Frage der Fall ist. Denn es ist zudem nicht zu übersehen, dass der Tarif von der Beklagten als ein einheitlicher publicirt worden ist, für den sie daher auch die ganze Verantwortlichkeit nach Bundesgesetz tragen muss. Sie könnte die Beschränkung auf die Strecke Delle-Basel nur dann geltend machen, wenn sie bei Veröffentlichung des Tarifs in irgendwelcher Form dem Publikum gegenüber einen rechtsgenügenden Vorbehalt gemacht hätte, der das Letztere genöthigt hätte, bei seinen Berechnungen den Umstand in Betracht zu ziehen, dass der Tarif nur für die eigene Bahnlinie der Beklagten dem Bundesgesetz unterliege. Etwas der Art ist aber nicht geschehen und Beklagte muss daher auch die Folgen des Gesetzes für den ganzen Tarif tragen.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

66. *Art. 89 der eidg. C. P. O. Einleitung einer Civilklage beim Bundesgericht. Kann dieselbe mit einer staatsrechtlichen Beschwerde verbunden werden?*

Die Verbindung einer Civilklage mit einer staatsrechtlichen Beschwerde in einer und derselben Rechtsschrift ist unzulässig und zwar auch dann, wenn die beiden Beschwerden ganz oder theilweise auf dem gleichen Thatbestand beruhen. (Entsch. v. 17. Januar 1885 i. S. Deschler.)

67. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Begriff des Haupturtheils. Können auch Urtheile, durch welche über ein Revisionsgesuch entschieden worden, an das B.-G. weitergezogen werden?*

Kantonale Urtheile, welche nur über die nach kantonalem Prozesse zu beurtheilende Statthaftigkeit eines (ausserordentlichen) Rechtsmittels gegen ein bereits gefälltes und rechtskräftig gewordenes Haupturtheil entscheiden (Revisionsbescheide), dagegen keine Entscheidung in der Sache selbst d. h. über den eingeklagten Anspruch enthalten, können nicht nach Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege an das B.-Gericht weiter gezogen werden, indem die in dieser Gesetzesbestimmung aufgestellten Voraussetzungen der b.-ges. Competenz sowohl in formeller als in materieller Beziehung mangeln. (Entscheid vom 24. Januar 1885 i. Sachen Stäger c. Laim.)

68. *Art. 30 Abs. 4 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Unstatthaftes Aktenvervollständigungsbegehren.*

Da dem Bundesgerichte eine Nachprüfung bezüglich der richtigen Anwendung des kantonalen Prozessrechtes durch die kantonalen Gerichte nicht zusteht, so ist ein Aktenvervollständigungsbegehren beim B.-Gerichte unstatthaft, wenn das kantonale Gericht ein Beweisanerbieten aus prozessualischen

Gründen verworfen hat. (Entsch. v. 12. Dzbr. 1884 i. S. Laubi c. Lloyd.)[1])

---

69. *Art. 29 und 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Competenz und Verfahren des Bundesgerichts in Streitsachen, welche theils nach eidg., theils nach kant. Rechte zu beurtheilen sind. Rückweisung der Sache an die kant. Gerichte.*

Hat das kantonale Gericht einen Anspruch gestützt auf eine nach eidgenöss. Rechte zu beurtheilende Einrede, welche es für sich allein als durchgreifend erachtete, abgewiesen und dabei über weitere, dem Anspruche entgegengesetzte Vertheidigungsmittel (Einreden, Bestreitungen u. s. w.), für deren Beurtheilung das kantonale Recht massgebend ist, nicht entschieden, so kann das Bundesgericht, wenn es jene Einrede verwirft, weder das Endurtheil ausfällen, noch — sofern eine Aktenvervollständigung sich als nothwendig erweist — die Streitsache an Hand behalten, sondern es muss Rückweisung derselben an die kantonale Instanz erfolgen. Denn nach Art. 29 Organis.-Ges. ist das B.-Ger. nur zum Entscheide über die nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilenden Streitpunkte competent. (Entsch. v. 13. Februar 1885 i. S. Ringger c. Ringger'sche Concursmasse.)[2])

---

70. *Art. 50, 62 und 654 O.-R. Inwiefern liegt in der rechtlichen Verfolgung eines Anspruchs eine widerrechtliche, unerlaubte Handlung?*

1) In der rechtlichen Verfolgung eines Anspruchs liegt desshalb allein, weil der Anspruch sich später als unbegründet herausstellt, noch keine widerrechtliche, unerlaubte Handlung; es ist vielmehr ein Recht des Bürgers, für Ansprüche, die er zu besitzen vermeint, im Bestreitungsfalle den Spruch des Richters anzurufen. Nur wer in böswilliger, frivoler Weise haltlose, wohl gar erdichtete Ansprüche im Rechtswege verfolgt, macht sich einer unerlaubten widerrechtlichen Handlung schuldig.

2) Art. 62 O.-R. findet auch auf Aktiengesellschaften, welche sich in Liquidation befinden, Anwendung. Haben die

---

[1]) Siehe oben S. 6 Nr. 6.

[2]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III. S. 180 f. — Siehe auch oben S. 5 Nr. 2 ff. Dieser Entscheid betrifft den unten, unter Nr. 73, abgedruckten Fall, in welchem ausser der Einrede, dass der Acceptant des Wechsels zur Zeit der Annahme geisteskrank gewesen sei, von Seite des Beklagten geltend gemacht worden war, der Wechsel sei in fraudem creditorum ausgestellt worden und das für die Wechselforderung vorgenommene gerichtliche Pfandrecht sei ungültig.

Liquidatoren eine Handlung (hier Anhebung einer Schuldbetreibung) im Namen der Aktiengesellschaft innerhalb der Schranken ihrer Competenz vorgenommen, so kann die in Liquidation befindliche Aktiengesellschaft die Verantwortlichkeit für diese Handlung nicht ablehnen, Art. 654 O.-R. (Entsch. v. 12. Dzbr. 1884 i. S. Laubi c. Lloyd.)

---

71. *Art. 50 und 67 O.-R. Unter welcher Voraussetzung bildet eine Unterlassung eine Verschuldung, welche zum Schadensersatz verpflichtet? Umfang der Verpflichtung des Erstellers eines zur gemeinen Benutzung bestimmten Weges. Inwiefern ist derselbe zur Anbringung von Sicherheitsvorkehren gegen Abirren vom Wege verhalten? Sinn und Absicht des Art. 67 O.-R.*

1) In der Regel besteht privatrechtlich ausser Vertragsverhältnissen eine Verpflichtung, im Interesse eines Andern (um Schaden von demselben abzuwenden u. s. w.) positiv thätig zu werden, nicht, eine blosse Unterlassung verpflichtet, auch wenn aus derselben einem Dritten Schaden erwächst, nicht zum Schadensersatze. Anders verhält sich diess dann, wenn weiteres Handeln durch ein vorhergehendes oder begleitendes Thun geboten ist. Unter dieser Voraussetzung ist eine Beschädigung, welche durch die Unterlassung weitern Handelns verursacht wird, allerdings zur Fahrlässigkeit anzurechnen. Wer es versäumt, die nach Lage der Sache durch die Vorsicht eines ordentlichen Mannes gebotenen Massregeln zu treffen, um rechtswidrige schädigende Folgen eines von ihm geschaffenen Zustandes abzuwenden, wird dadurch für allfälligen Schaden ersatzpflichtig.[1])

2) Die Verpflichtung des Erstellers eines zur gemeinen Benutzung bestimmten Weges erstreckt sich in der Regel nur auf die sichere Erstellung des Wegkörpers (der Fahrbahn) selbst; zu Sicherheitsvorkehren zur Verhinderung des Abirrens vom Wege ist der Erbauer in der Regel nicht verpflichtet. In besondern Fällen indess kann nach Lage der Verhältnisse auch diess geboten sein[2]), und wenn in solchen Fällen keine Vorsichtsmassregeln angeordnet werden, so liegt darin eine nach Art. 50 ff. O.-R. zum Schadensersatze verpflichtende Fahrlässigkeit. Dass die Weganlage von den Bundes- oder kantonalen Behörden genehmigt worden ist,

---

[1]) Vgl. zürch. priv. Ges.-B. § 1837; Windscheid, Pandekten Bd. II (5. Aufl.) S. 711 Ziff. 2; Dernburg, preuss. Priv.-R. Bd. II (3. Aufl.) S. 849 Ziff. 1.

[2]) Das Urtheil führt dann aus, dass ein solcher anormaler Fall vorliege.

kann die aus allg. civilrechtlichen Grundsätzen hervorgehende Schadensersatzpflicht des Beklagten nicht aufheben.[1]) (Entsch. v. 23. Januar 1885 i. S. Weber c. Gotthardbahn.)

---

[1]) Das Thatsächliche dieses Falles ist Folgendes: Kläger war zur Nachtzeit von einem von der Beklagten erstellten Wege abgeirrt und in einen hart an demselben liegenden Bach gefallen, wobei er einen Beinbruch erlitt. Er behauptete nun, Beklagte hätte an der betreffenden, besonders gefährlichen Stelle, sichernde Vorkehren anbringen sollen und habe sich dadurch, dass sie diess unterlassen, einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht, welche sie zum Schadensersatz verpflichte. Beide Parteien und die kantonale Instanz waren dabei davon ausgegangen, dass Art. 67 O.-R. zur Anwendung komme, und Beklagte hatten grundsätzlich die Verantwortlichkeit nicht bestritten, sondern lediglich in Widerspruch gesetzt, dass sie eine weitere Verpflichtung als die zur Erstellung einer sichern Fahrbahn gehabt habe. Im Bundesgerichte standen sich bezüglich der Anwendbarkeit des Art. 67 drei Ansichten gegenüber. Die eine ging dahin, diese Gesetzesbestimmung treffe nur dann zu, wenn ein Verschulden, sei es des Eigenthümers des Werkes, sei es einer dritten Person, überall nicht vorliege, und habe dieselbe daher mit dem vorliegenden Falle nichts zu thun. Von anderer Seite wurde geltend gemacht, Art. 67 habe nur Schädigungen durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Werkes im Auge. Die Minderheit sprach sich folgendermassen aus: „Frägt sich, ob eine Schadenersatzpflicht der Beklagten begründet sei, so ist, wovon auch beide Parteien mit der Vorinstanz ausgehen, für die Beantwortung dieser Frage Art. 67 O.-R. massgebend. Vorerst kann nämlich einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass die in Rede stehende Weganlage ein Werk im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist. Sodann ist zwar richtig, dass Art. 67 die Haftbarkeit des Eigenthümers für objektive Schadensereignisse, in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung des Werkes, ausspricht und den Nachweis einer subjektiven Widerrechtlichkeit, eines Verschuldens des Eigenthümers, nicht verlangt. Allein daraus folgt, wie übrigens der Schlusssatz des Artikels und die Botschaft des Bundesrathes (Quartausgabe S. 28) klar beweist, offenbar nicht, dass diese Gesetzesbestimmung nur dann Platz greife, wenn ein Verschulden, sei es des Eigenthümers, sei es dritter Personen, deren Ersterer sich zur Herstellung des Werkes bedient hat oder denen die Unterhaltung desselben obliegt, nicht vorliegt; sondern der Sinn der Gesetzesvorschrift geht offenbar dahin, dass der Eigenthümer des schadenbringenden Werkes, ohne Unterschied, ob ihn ein persönliches Verschulden treffe oder nicht („selbst wenn es erwiesenermassen völlig ausser Verschulden ist" Botschaft a. a. O.), für den gestifteten Schaden einzustehen habe und den Geschädigten im letztern Falle nicht an die schuldige Person verweisen könne, sondern es seine, des Eigenthümers, Sache sei, den Regress auf den Schuldigen zu nehmen. Insoweit stellt Art. 67 allerdings, wie die Botschaft sagt, eine exceptionelle Entschädigungsverbindlichkeit, ohne Verschulden, aus fingirtem Delikt oder ex lege, auf. Und was endlich die Frage betrifft, ob dieser Artikel nur die Fälle direkter körperlicher Einwirkung eines Werkes (durch Einsturz u. dgl.) auf Sachen oder Personen im Auge habe, so gibt weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte desselben, noch der Zusammenhang der Bestimmungen dieses Kapitels einen Anhaltspunkt für eine solche einschränkende Auslegung. Vielmehr liegt hier offenbar eine bewusste und gewollte Abweichung von den in bezeichneter Weise die Haftpflicht des Eigenthümers

72. *Art. 224 und 294 O.-R. Begriff der „Verfügungsgewalt". Wer besitzt dieselbe über die in vermietheten Räumlichkeiten befindlichen beweglichen Sachen?*

1) Die Verfügungsgewalt, welche Art. 224 O.-R. als Voraussetzung des Retentionsrechts des Gläubigers an beweglichen Sachen des Schuldners aufstellt, ist ein thatsächliches Machtverhältniss, die physische Möglichkeit, über die betreffenden Sachen zu verfügen und Andere von der Einwirkung auf dieselben auszuschliessen. Die Verfügungsgewalt über eine Sache hat also derjenige, welcher die Sache thatsächlich besitzt und befugt ist, eigenmächtige Eingriffe Dritter in seinen Gewahrsam abzuwehren.

2) Der Eigenthümer oder Vermiether eines Gebäudes besitzt demnach keineswegs ohne Weiters die Verfügungsgewalt über alle in demselben befindlichen beweglichen Sachen; vielmehr sind z. B. die in den Miethräumen befindlichen Mobilien eines Miethers während der Miethzeit nicht in der Verfügungsgewalt (dem Gewahrsam) des Hauseigenthümers oder Vermiethers, sondern in derjenigen des Miethers. Das dem Vermiether gemäss Art. 294 O.-R. für den Miethzins zustehende Retentionsrecht ist nicht ein einzelner Anwendungsfall des Grundsatzes des Art. 224 O.-R., sondern vielmehr eine Ausnahme von demselben; es besteht nicht, weil die Voraussetzungen des Art. 224 erfüllt wären, sondern, kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift, obschon dieselben nicht vorliegen.[1]) Auch nach beendigter Miethzeit erlangt der Ver-

---

eines Werkes einschränkenden Bestimmungen anderer Gesetzbücher (cod. civ. § 1386; zürch. civ. Ges.-B. § 1885), bezw. eine beabsichtigte Erweiterung der Haftpflicht des Eigenthümers gegenüber diesen Gesetzgebungen vor, welche ganz besonders für diejenigen Fälle, wo juristische Personen Eigenthümer solcher Werke sind und daher die Ermittlung der schuldigen Person oft mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, als wohlberechtigt erscheint. Es müssen daher ganz allgemein alle diejenigen Beschädigungen von Personen oder Sachen als von dieser Gesetzesbestimmung betroffen angesehen werden, welche durch den mangelhaften Zustand eines Werkes verursacht worden sind, d. h. wo der Causalzusammenhang zwischen dem mangelhaften Zustand des Werkes und dem entstandenen Schaden nachgewiesen ist, ohne Unterschied, ob eine unmittelbare körperliche Einwirkung stattgefunden hat oder die Schädigung auf andere Weise bewirkt worden ist." Vgl. auch Schneider-Fick, Anm. 1 zu Art. 67 O.-R. — Das b.-g. Urtheil stellt nun darauf ab, dass die Bekl. die Verantwortlichkeit nicht bestritten habe, „wie sie diess übrigens nach Art. 62 O.-R. auch kaum hätte thun können," und lässt die Frage der Anwendbarkeit des Art. 67 offen.

[1]) Vgl. Förster, Theorie und Praxis des preuss. priv. R. Bd. II S. 246 ff.; Seuffert, Kommentar zur deutschen C.-P.-O. S. 845 lit. b. — Im vorliegenden Falle hatte die Käsereigesellschaft R. für ihre Forderung

miether nicht von selbst den Gewahrsam an den in den Miethräumlichkeiten zurückgelassenen Sachen des Miethers. Der Eigenthümer oder Vermiether erlangt vielmehr den Gewahrsam nur dann, wenn er die thatsächliche Verfügungsgewalt über zurückgelassene Sachen des Miethers erwirbt, wenn er z. B. durch Uebergabe der Schlüssel zu den betreffenden Räumlichkeiten die physische Möglichkeit erlangt, über die fraglichen Sachen beliebig zu verfügen und andere von der Verfügung über dieselben thatsächlich auszuschliessen. (Entsch. v. 14. Febr. 1885 i. S. Käsereigesellschaft Rinderbach c. Berner Handelsbank.)

---

73. *Art. 738, 739, 811 und 511 O.-R. Wen trifft bei undatirtem Wechselaccept die Beweislast, dass der Acceptant im Zeitpunkt der Annahme willensunfähig gewesen sei? Sicherung eines Bürgen durch Ausstellung eines Wechsels; Einrede, dass der Bürge die verbürgte Forderung noch nicht bezahlt habe.*

1) Das O.-R. schreibt (abgesehen von den Zeitsichtwechseln, Art. 738) weder die Datirung des Wechselacceptes vor (Art. 739), noch stellt es eine Rechtsvermuthung darüber auf, wann ein undatirtes Accept als gegeben gelte. Eine solche Vermuthung findet auch in den faktischen Verhältnissen keine ausreichende Begründung, da erfahrungsgemäss die Einholung des Acceptes nicht nur vor oder unmittelbar nach Ausstellung des Wechsels, sondern oft auch erst später, während des Laufes des Wechsels erfolgt. Es greift daher die allgemeine Regel Platz, dass der Zeitpunkt der Annahme von demjenigen bewiesen werden muss, welcher sich darauf beruft.

2) Nach der in Doktrin und Praxis überwiegend anerkannten richtigen Ansicht[1]) ist die Handlungsfähigkeit vertragschliessender Parteien, speziell des Beklagten, regelmässig nicht vom Kläger darzuthun, sondern es hat der Beklagte den Beweis der Handlungsunfähigkeit zu erbringen.

---

aus Milchlieferung an den in ihrer Sennhütte befindlichen Käsen des in Konkurs gerathenen Sennen ein Retentionsrecht geltend gemacht, indem sie behauptete, der Miethvertrag über die Sennhütte sei 10 Tage vor Ausbruch des Konkurses aufgehoben worden und damit der Käsevorrath in ihre Verfügungsgewalt gelangt. Die Aufhebung des Miethvertrages war übrigens bestritten und vom kantonalen Gerichte als nicht bewiesen erachtet worden.

[1]) S. z. B. Savigny, System Bd. V, S. 154 f.; Dernburg, Pandekten I, S. 359; Wächter, württemb. priv. R. Bd. II, § 66 bes. S. 437; Rehbein, allg. deutsche Wechselordnung, 2. Aufl. S. 8 N° 4, S. 19 N° 32 und S. 38 N° 3. Brachmann in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. IV, 2. Abthlg. S. 120.

Denn die Behauptungs- und Beweispflicht des Klägers beschränkt sich auf die unmittelbaren spezifischen Entstehungsgründe des behaupteten Rechts (die rechtserzeugenden Thatsachen), sie erstreckt sich nicht auf die allgemeinen regelmässigen Voraussetzungen der Rechtsentstehung überhaupt. Der Mangel derselben ist als rechtshindernde Thatsache vom Beklagten darzulegen. Ganz besonders muss diess dann gelten, wenn die Gültigkeit einer eingegangenen Verpflichtung, speziell einer Wechselverbindlichkeit, desshalb bestritten wird, weil der Schuldner zur Zeit der Eingehung derselben wegen Geisteskrankheit willensunfähig gewesen sei. Hier hat der Beklagte den Mangel der Willensfähigkeit im entscheidenden Zeitpunkte zu beweisen.

3) Die wechselmässige Sicherung eines Bürgen ist an sich nicht unzulässig und es kann der Forderung des Bürgen aus dem Wechsel nicht entgegengehalten werden, dass er die Bürgschaftssumme noch nicht bezahlt habe; vielmehr ist der Wechselforderung der Bürgen gegenüber nur dann eine Einrede begründet, wenn die Geltendmachung des Wechsels eine vertragswidrige, dolose ist.[1]) (Entsch. v. 13. Febr. 1885 i. S. Ringger c. Ringger'sche Creditoren.)

---

74. *Art. 882 Abs. 1, 884, 205 und 213 O.-R. Nach welchem Gesetze richtet sich der Erwerb des Eigenthums und des Pfandrechts an bewegl. Sachen in zeitlicher Hinsicht? Verpfändung einer bewegl. Sache durch einen Nichtberechtigten unter der Herrschaft des frühern Rechtes; kann der Pfandgläubiger sich auf Art. 213 O.-R. berufen?*

Die A. G. vindizirte eine im Jahre 1879 zu ihren Gunsten errichtete, von ihrem Bruder im gleichen Jahre bei der Beklagten verpfändete Gült. Die Beklagte bestritt das Eigenthum der Klägerin, da sie niemals in den Besitz der Gült gelangt sei, und verlangte ev. Schutz ihres Pfandrechtes, da sie die Gült in gutem Glauben empfangen habe. Von den kantonalen Gerichten zur unbeschwerten Herausgabe der Gült verurtheilt, zog Beklagte die Streitsache ans Bundesgericht; allein dieses erklärte sich incompetent.

Gründe: 1) Der Eigenthumserwerb der Klägerin an der streitigen Gült ist ausschliesslich nach kantonalem Rechte zu beurtheilen, da die Erwerbsthatsachen sich unter dem kantonalen Rechte ereignet haben. Ebenso ist die Frage,

---

[1]) Siehe Rehbein, a. a. O. Anmerk. 7 und 8 zu Art. 82, S. 93 f.

ob die Beklagte durch die Verpfändung seitens des Nichteigenthümers L. G. ein gültiges Pfandrecht erworben habe, nach dem zur Zeit der Verpfändung geltenden kantonalen und nicht nach eidg. Rechte zu entscheiden. Art. 884 O.-R. bezieht sich nur auf die Wirkungen von — nach dem hiefür massgebenden Gesetze — gültig begründeten Pfandrechten, nicht auf die Gültigkeit des Pfandrechtserwerbs. Letzterer ist vielmehr gemäss dem allgemeinen Grundsatze des Art. 882 Abs. 1 O.-R. nach dem zur Zeit des Erwerbes geltenden Rechte zu beurtheilen.

2) Durch die vom eidg. O.-R. zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers aufgestellten Beschränkungen der Vindikation beweglicher Sachen ist nicht der Inhalt des Mobiliareigenthums geändert worden. Der Grundsatz des O.-R., dass der gutgläubige Erwerber von beweglichen (weder gestohlenen noch verlorenen) Sachen Eigenthum bezw. Pfandrecht auch dann erwerbe, wenn der Veräusserer bezw. Verpfänder nicht Eigenthümer war, statuirt vielmehr einen Erwerbsgrund des Eigenthums resp. Pfandrechts an beweglichen Sachen und findet daher nur auf solche Erwerbshandlungen Anwendung, welche unter seiner Herrschaft stattgefunden haben. Der in Folge dieses Grundsatzes eintretende entsprechende Rechtsverlust des frühern Eigenthümers ist lediglich eine Folge des Rechtserwerbes des gutgläubigen Besitzers und greift somit nur dann Platz, wenn letzterer nach dem hiefür massgebenden Gesetze wirklich stattgefunden hat.[1]) (Entsch. v. 6. Febr. 1885 i. S. Gut c. Spar- & Leihkasse Luzern.)

---

75. *Markenschutzgesetz. Sinn und Absicht desselben. Inhalt des Markenrechts. Schutz eines Waarenzeichens im Ausland, Bedeutung für die Schweiz.*

1) Das Markenschutzgesetz schützt nur das Waarenzeichen, d. h. das auf den Waaren selbst oder deren Verpackung angebrachte Herkunftszeichen; es gewährt seinen Schutz nur gegen rechtswidrige Anfertigung oder Benutzung von solchen, zum Anbringen auf der Waare selbst oder ihrer Verpackung bestimmten oder verwendeten Waarenzeichen. Manipulationen anderer Art, welche zu einer Täuschung über den Ursprung der feilgebotenen Waare führen können und eine solche bezwecken (wie Aeusserungen in Prospekten und

---

[1]) Vgl. Roth, deutsches Privatrecht Bd. I S. 277 Ziff. III. Anders Vogt, Anleitung S. 151 Ziff. 5.

Reklamen, Angaben auf Ladenschildern) qualifiziren sich nicht als Markenrechtsverletzungen.

2) Der Umstand, dass eine Marke im Auslande hinterlegt ist, entzieht einem in der Schweiz geschützten Zeichen den Schutz gegen Nachahmungen und deren Verwendung auf schweiz. Gebiete nicht. (Entsch. v. 12. Januar 1885 i. S. Singer & Cie. c. Aebischer & Cons.)

---

76. *Markenschutz. Rechte der Franzosen nach der schweizerisch-französischen Konvention vom 23. Februar 1882; Art. 18 und 19 des Markenschutzgesetzes; sind die kantonalen Behörden berechtigt, die Fortsetzung des Strafverfahrens von der vorgängigen Entscheidung über den Civilanspruch abhängig zu machen?*

1) Die schweizerisch-französische Konvention vom 23. Februar 1882 sichert den Franzosen bezüglich des Markenschutzes im Wesentlichen lediglich Gleichstellung mit den Schweizern zu und können daher französische Angehörige gestützt auf dieselbe bloss den Schutz des schweizerischen Gesetzes in gleicher Weise wie die Schweizer beanspruchen.

2) Nach Art. 18 und 19 des eidgenössischen Markenschutzgesetzes sind der Straf- und Civilanspruch aus einer Markenverletzung gleichzeitig selbständig, der erstere im Wege des Strafprozesses, der letztere (sofern er nicht adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht werden kann oder will) im Wege des ordentlichen Civilprozesses, verfolgbar. Die kantonalen Gerichte sind daher nicht berechtigt, die Einleitung resp. Fortsetzung des Strafverfahrens von der vorgängigen Entscheidung des Civilprozesses abhängig zu machen, indem sie das Strafverfahren bis nach Erledigung des Civilprozesses einstellen. (Entsch. vom 20. Dezember 1884 i. S. Menier; a. S. d. b.-g. E. X. 489 ff.)

---

77. *Haftpflicht für den Fabrikbetrieb. Begriff des eigenen Verschuldens.*

Unter den Begriff des Verschuldens im Sinne des Fabrikgesetzes fällt nicht nur ein doloses oder frevelhaft leichtsinniges Handeln, sondern überhaupt jedes Handeln, welches die unter den gegebenen Verhältnissen von einem Arbeiter zu erwartende und zu verlangende Vorsicht vermissen lässt. (Entsch. v. 13. Dezember 1881 i. S. Bünzli c. Moos; a. S. d. b.-g. E. X. 530 ff.)

78. *Art. 30 Abs. 2 O.-R. und Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Inwiefern kann eine Ehefrau vor ausgesprochener Ehescheidung über die ökonomischen Folgen derselben mit ihrem Ehemann selbständig einen Vertrag abschliessen? Streit über die Grösse des Weibergutes, Competenz zu dessen Entscheidung.*

1) Wenn auch ein Vertrag, insofern er einen Ehegatten verpflichtet, in die Scheidung, falls dieselbe vom andern Theile begehrt werden sollte, einzuwilligen, rechtlich unverbindlich ist, so ist er doch, insoweit als er die ökonomischen Folgen einer eventuellen Scheidung normirt, durchaus gültig. Hat eine Ehefrau (als unschuldiger und daher entschädigungsberechtigter Theil) durch einen solchen Vertrag blos Rechte erworben, so bedurfte sie der Einwilligung der Vormundschaftsbehörden zum Vertragsabschlusse nach Art. 30 Abs. 2 O.-R. nicht. [1])

2) Entsteht zwischen den geschiedenen Ehegatten Streit über den Betrag des von der Frau Zugebrachten, so ist letzterer von den kantonalen Gerichten festzustellen. Zu Abzügen wegen Verwendungen, die er zu Gunsten seiner Frau gemacht hat, ist der Ehemann in der Regel nicht berechtigt, da ihm während der Dauer der Ehe die Verpflichtung zum Unterhalt der Frau oblag. (Entsch. v. 20. Dezember 1884 i. S. d. Ehelt. Niederer; a. S. d. b.-g. E. X. 542 ff.)

---

79. *Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Scheidungsklage von Ausländern. Was ist zum Nachweise, dass der Heimathsstaat der Eheleute das zu erlassende Urtheil anerkennen werde, erforderlich? Verhältniss des Art. 56 zu §§ 660 und 661 der deutschen C. P. O. —*

1) Der Umstand, dass ein kantonales Gericht in einem frühern Scheidungsprozesse, welcher durch Temporalscheidungsurtheil erledigt worden, den in Art. 56 des cit. Bundesgesetzes geforderten Nachweis als erbracht ansah, befreit den Kläger, welcher nach Ablauf der Trennungszeit die Scheidungsklage erneuert, nicht von der Verpflichtung, jenen Nachweis für den neuen Scheidungsprozess von neuem zu erbringen.

2) Die Verweisung einer deutschen Behörde auf die §§ 660 und 661 der deutschen C. P. O. genügt auch in Verbin-

[1]) Im concreten Falle hatte der Ehemann sich vertraglich zur Herausgabe des gesammten Frauengutes und Bezahlung einer Aversalentschädigung von Fr. 12000 verpflichtet. Die Frau hielt am Vertrage fest; dagegen bestritt der Mann dessen Verbindlichkeit, weil die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde für die Frau mangle.

dung mit der Bemerkung, dass die Zuständigkeit des schweizerischen Gerichts dann begründet sei, wenn der Ehemann seinen Wohnsitz in dem Sprengel desselben habe, und unter der Voraussetzung, dass die Gegenseitigkeit rücksichtlich der Vollstreckung deutscher Urtheile verbürgt sei, zur Leistung jenes Nachweises nicht. Denn wenn auch im deutschen Reiche ausländische Urtheile ohne Prüfung der Gesetzmässigkeit der Entscheidung vollstreckt werden und ferner nach deutschem Rechte in Ehescheidungssachen in der Regel der Richter desjenigen Ortes, wo der Ehemann seinen Wohnsitz hat, ausschliesslich zuständig ist, so hat doch das um Erlass des Vollstreckungsurtheils für ein ausländisches Urtheil angegangene Gericht zu prüfen, nicht nur ob der auswärtige Richter die richtigen, dem deutschen Rechte entsprechenden Grundsätze über Zuständigkeit angewendet habe, sondern auch, ob die Thatsachen, auf welche diese Grundsätze angewendet worden, die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes zu begründen vermögen und erwiesen seien, und nun ist es wohl möglich, dass der deutsche Richter die in mehreren Beziehungen schwierige und zweifelhafte Frage des Domizils anders als der schweizerische beurtheile. (Entsch. v. 26. Dezember 1884 i. S. Manogg; a. S. d. b.-g. E. X. 479 ff.)

---

80. *Art. 7 des Bundesgesetzes betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850. Sinn und Absicht dieser Gesetzesbestimmung.*

Art. 7 des cit. Bundesgesetzes bezieht sich nur auf solche Vorrichtungen, die infolge des Baues desjenigen öffentlichen Werkes nöthig werden, zu dessen Ausführung das Expropriationsrecht ertheilt worden ist. Es bezieht sich also bei Eisenbahnen nur auf solche Sicherheitsvorrichtungen, welche infolge des Eisenbahnbaues und Betriebes nothwendig werden. Bauten anderer Art, welche ein Eisenbahnbauunternehmer nebenbei, wenn auch im Zusammenhange mit dem Eisenbahnbau ausführt (z. B. Strassenanlagen), hat Art. 7 nicht im Auge. Inwieweit bei solchen anderweitigen Bauten eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu Anbringung von sichernden Vorkehren besteht, beurtheilt sich vielmehr zunächst nach dem kantonalen öffentlichen Rechte, also z. B. Strassen- und Wegebauten nach der Strassen- und Wegegesetzgebung des betreffenden Kantons. (Entsch. v. 23. Januar 1885 i. S. Weber c. Gotthardbahn.)[1])

---

[1]) Vgl. Nr. 71 oben.

81. *Art. 59 Bundesverfassung. Oertliche Kompetenz zur Entscheidung über Bestand und Umfang von Nachsteuerforderungen.* Nachsteuerforderungen wegen unrichtiger Steuerdeklaration qualifiziren sich nicht als gewöhnliche civilrechtliche Forderungen und daher nicht als persönliche Ansprachen im Sinne des Art. 59 B.-V., sondern als dem öffentlichen Rechte angehörige Steuerbussenforderungen, welche auf der Staatshoheit beruhen[1]). Zur Entscheidung über Bestand und Umfang[2]) derartiger aus dem öffentlichen Rechte eines Kantons hergeleiteter Forderungen aber sind, wie zur Entscheidung über Steuerforderungen, der Natur der Sache nach die Behörden desjenigen Kantons zuständig, dessen Gesetzgebung diese Forderungen beherrscht. (Entsch. v. 20. Nov. 1884 i. S. Holliger; a. S. d. b.-g. E. X. 456 ff.)

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

82. *Schadensersatz aus unerlaubtem Benehmen. Behaftung eines Minderjährigen, Art. 58 O.-R. Haftung der Pflegeeltern wegen ungenügender Aufsicht über das Kind. Art. 61 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 27. Dezember 1884 i. S. des Eduard Risler gegen den minderjährigen Albert Strupler und dessen Pflegeeltern Geiser-Steinemann.

Am 4. Januar 1884 Vormittags unterhielt sich der neunjährige Albert Strupler auf freiem Felde, jedoch in der Nähe von Wohnungen, mit Bogenschiessen; in seiner Gesellschaft war der Knabe Eduard Risler, damals sieben Jahre alt. Hiebei traf der Beklagte Strupler mit einem Pfeile den Kläger Risler in's rechte Auge, dessen Sehfähigkeit dadurch gänzlich zerstört wurde. Der Vorgang ist indess mit Bezug auf die Einzelheiten nicht festgestellt. Risler gibt an, Strupler habe ihn herangelockt und muthwilliger oder boshafter Weise auf ihn gezielt, letzterer dagegen behauptet, Risler sei ihm wiederholt auf den Bogen gestanden, um ihn am Schiessen zu verhindern, und als er, Strupler, dann im Begriffe gewesen sei, den Pfeil abzuschnellen, sei ihm jener plötzlich in die Schusslinie getreten, und es treffe daher die Schuld am Unfalle ausschliess-

---

[1]) Vgl. a. S. d. b.-g. E. VI. 426 ff.; VII. 634 ff.

[2]) Im Gegensatze zu der Frage, wo der Nachsteuerpflichtige auf Bezahlung der Nachsteuer belangt werden könne resp. müsse.

lich den Kläger selbst. — Der Bogen, um den es sich handelt, war höchst primitiver Natur, von der Art, wie Knaben sich solche zu schneiden pflegen, mit einer gewöhnlichen Schnur gespannt. Als Pfeile wurden rohe hölzerne Stäbchen ohne Metallspitzen verwendet. — Der Kläger verlangte als Schadenersatz eine Aversalsumme, welche er erstinstanzlich auf Fr. 6000 und zweitinstanzlich auf Fr. 1500 bezifferte, auf Grund von Art. 50 ff. des O.-R., und führte zur Begründung aus, der Beklagte Strupler habe den Unfall absichtlich oder durch seine Fahrlässigkeit verschuldet; die beklagten Eheleute Geiser-Steinemann haben ihre Pflicht als Pflegeeltern zur Beaufsichtigung des Strupler vernachlässigt, indem sie diesem ein gefährliches Instrument zum Spielen überlassen haben. Hinsichtlich Strupler wurde noch geltend gemacht, derselbe habe eine bedeutende Erbsanwartschaft, indem er einziger Präsumtiverbe seiner Grossmutter sei, welche ein Vermögen von Fr. 20,000 besitze und in hohem Alter stehe, während dagegen der Kläger gänzlich unbemittelt sei. Jenes Vermögen beträgt indessen, wie festgestellt wurde, höchstens Fr. 8000. Die Auslagen für Arzt- und Heilungskosten beziffert der Kläger auf Fr. 305. Die erste Instanz (Bezirksgericht Winterthur) hiess die Klage im Betrage von Fr. 1500 gut, unter Abweisung der Mehrforderung, und verpflichtete den Albert Strupler hieran Fr. 1000 und die Eheleute Geiser-Steinemann solidarisch die übrigen Fr. 500 je nebst Zins zu bezahlen. Hiegegen appellirten die Beklagten. Zweitinstanzlich wurde das Urtheil gegenüber Albert Strupler bestätigt, und im übrigen dem Kläger eine Forderung von Fr. 500 nebst Zins an die Pflegemutter Babette Geiser zuerkannt, dagegen die Klage gegen Pflegevater Geiser abgewiesen.

Motive. In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz muss angenommen werden, dass die Verletzung des Ed. Risler herbeigeführt worden sei durch ein Verschulden des Albert Strupler[1]), und dass jenem dabei kein Mitverschulden zur Last falle. Eine Fahrlässigkeit des Strupler liegt nämlich jedenfalls darin, dass er sich des Spielens mit Pfeil und Bogen nicht enthielt, trotzdem er, da Risler ihm von Angesicht zu Angesicht, wenn auch vielleicht in einiger Entfernung gegen-

[1]) Das Gericht ging, wie die Kanzlei desselben mittheilt, von der Anschauung aus, dass auch für die Klage auf Grund des Art. 58 O.-R. ein schuldhaftes Benehmen des beklagten Minderjährigen erforderlich sei (s. Commentar von Schneider und Fick, Note 2 zu Art. 58); im Urtheil ist dies freilich nicht ausdrücklich gesagt.

über stand, wissen musste, dass ein abgeschnellter Pfeil den Kläger leicht treffen konnte.

Nun ist der Ausführung der ersten Instanz beizutreten, dass es unbillig wäre, wenn der vermögenslose Risler, der Sohn unbemittelter Eltern, den ihm durch Strupler, welcher nach einiger Zeit ein Vermögen von Fr. 8000 erhalten wird, zugefügten Schaden allein tragen sollte, und dass der Billigkeit ein theilweiser Ersatz des Schadens durch letztern entspricht. Zur Kondemnation genügt es im Sinne des Art. 58 O.-R. an einer blossen Erbsanwartschaft, während nach § 1835 des Zürch. Priv.-Ges.-B. hiezu allerdings beim Schädiger der Besitz von Vermögen erforderlich war.

Gegenüber den Eheleuten Geiser-Steinemann wird die Klage auf Art. 61 O.-R. gestützt. Bezüglich der Ehefrau Geiser ist davon auszugehen, dass die Pflegeeltern gleich wie die natürlichen Eltern zur häuslichen Aufsicht über die Kinder verpflichtet seien, und dass die Ueberlassung des in Frage stehenden Bogens, durch welchen hölzerne Stäbchen mit bedeutender Kraft fortgeschleudert werden konnten, an einen neunjährigen Knaben, eine Verletzung des üblichen und durch die Umstände gebotenen Masses von Sorgfalt enthalte. — Mit Bezug auf den Ehemann Geiser dagegen muss die Klage abgewiesen werden. Derselbe kann sich nämlich darauf berufen, dass er während des ganzen Tages ausserhalb des Hauses in seinem Berufe als Kupferschmied arbeite und vom Vorhandensein des Bogens bis zum Unfall keine Kenntniss gehabt habe.

---

83. *Gesetzliches Zinsmaximum. Vorbehalt des kantonalen Rechts Art. 83 O.-R. Reduction des Zinsfusses bei einem Darlehen von 6¼ % auf 5 %.*

**Nidwalden.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 8. Juli 1884 i. S. Meinrad Niederberger c. Konkurskommission Namens der falliten Erbmasse C. Murrer.

Motive: Anbelangend den angefochtenen Zinsfuss (6¼%) und die vierteljährliche Zins- und Provisionsberechnung, so liegt diesfalls allerdings auch wieder die Generalobligation v. 1. November 1878 und die Bescheinigung vom 1. August 1881 vor, wonach die diesfallsigen klägerischen Behauptungen von Al. Wäpfli einfach anerkannt werden. Diesen Abmachungen kann jedoch keine rechtliche Bedeutung beigelegt werden.

Zufolge Landesgesetz (Bd. I fol. 612) ist unter Androhung von empfindlichen Strafen der Bezug eines höhern Zinsfusses als 5 vom Hundert gesetzlich verboten. Diese Vorschrift ist auch dermalen noch zu Recht bestehend, indem Art. 83 O.-R. bestimmt, dass es der Kantonal-Gesetzgebung vorbehalten

bleibe, Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen. Es geht nun allerdings das Kantonsgericht von der Ansicht aus, dass die allegirte kantonale Vorschrift bezüglich Zinsfuss kaum auf alle Fälle Anwendung finden dürfte, insbesondere beim kaufmännischen Contocorrentverkehr nicht, wo der Bezüger jeder Zeit flüssiges Geld haben, aber auch wieder abzahlen kann, wo er also besonders begünstigt ist. Im Fragefall handelt es sich aber um ein gewöhnliches Geldanleihen, welches zweifellos der citirten Gesetzesbestimmung zu unterstellen ist. Die Wäpflischen Anerkennungen müssen daher, soweit solche den Zinsfuss, die vierteljährlichen Zins- und Provisionsberechnungen betreffen, als gesetzwidrig und ungültig erklärt werden.

---

84. *Konventionalstrafe. Vertragswidrige Betheiligung an einem Concurrenzgeschäfte. Festsetzung einer Strafsumme mit der Bedeutung eines Reugeldes. Art. 179 und 182 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 3. Juni 1884 i. S. A. Schlumpf-Wanner c. J. Wiesböck.

Beklagter betrieb mit Anfangs Februar 1883 unter der Firma Wiesböck & Cie. einen kleinen Handel mit Brodschinken und erwarb sich nach und nach für diesen Artikel eine nicht unbedeutende Kundsame. Am 21. Juni 1883 verkaufte er dieses Geschäft an den heutigen Kläger. Der bezügliche Vertrag enthält folgende hier in Betracht fallende Bestimmungen: „Ich „verpflichte und verbinde mich gegen einen nachstehend be„zeichneten Abstandsbetrag auf hiesigem Platze Basel kein „ähnliches Geschäft mehr zu betreiben, noch durch Jemand, „durch meine Vermittlung oder irgend ein Zuthun von mir „aus betreiben zu lassen, weder hier noch in der Umgebung von „Basel im Umkreis von mehreren Stunden mit der Erklärung, „dass in Zuwiderhandlung ich mich eine Conventionalbusse „bis auf Fr. 1000 zu zahlen an Sie mich verpflichte."

„Ich trete meine Kundsame an Sie ab und mache mich „verbindlich nach allen meinen Kräften Ihnen beizustehen, „das Geschäft zu gutem Gedeihen und Fortgang bringen zu „helfen." —

„Nachträglich verspreche ich und verpflichte ich mich, „an Niemand weiter als an Sie die Adressen meiner bisherigen „Schinkenlieferanten oder die Bezugsorte oder deren Um„gebung mitzutheilen oder auf directe oder indirecte Art mit„theilen zu lassen bei einer Conventionalbusse von Fr. 500 „bei Zuwiderhandlung."

Am 1. Juli 1883 wurde das Geschäft dem Kläger übergeben und letzterer empfahl sich öffentlich als Wiesböck's Nachfolger. Dem Beklagten wurde sowohl der Kaufpreis als eine zugesicherte Gratifikation von Fr. 500 ausbezahlt.

Anfangs April 1884 jedoch erschienen in den Basler Zeitungen Inserate, aus denen hervorgeht, dass Beklagter als Geschäftsführer einer Firma Kleeb & Kathriner in Basel neuerdings ein Brodschinkengeschäft eröffnet hat. In diesen Inseraten wird ausdrücklich auf den Namen des Beklagten und dessen Renommée auf hiesigem Platze hingewiesen. Ferner empfahl sich Beklagter persönlich bei den Zeitungsredaktionen, besuchte seine frühern Kunden und händigte denselben gedruckte Empfehlungen ein. Endlich fing er auch an für das neue Geschäft bei den frühern Lieferanten Bezüge zu machen. Kläger stellte nun folgende Rechtsbegehren:

1) Es soll dem Beklagten bei einer vom Gericht festzustellenden Entschädigungssumme untersagt sein, für eigene Rechnung oder als Geschäftsführer eines Dritten in Basel ein Brodschinkengeschäft zu betreiben, oder überhaupt in einem Basler Brodschinkengeschäft zu arbeiten und seinen Namen von einem andern Geschäft zum Zweck der Reclame verwenden zu lassen.

2) Es soll der Beklagte zu einer Entschädigung von Fr. 1500 an den Kläger verurtheilt werden.

3) Kläger soll berechtigt sein, das ergangene Urtheil auf Kosten des Beklagten in den hiesigen Zeitungen zu publiciren.

Das Gericht verfällte den Beklagten zur Zahlung von Fr. 1500, wies dagegen den Kläger mit den übrigen Begehren ab.

Motive: Was die verschiedenen Klagbegehren anbetrifft, so fragt sich zunächst, ob die im Vertrag stipulirten Conventionalbussen nur aufzufassen sind als Strafen für einzelne Verletzungen der im Vertrag übernommenen Verpflichtungen, so dass aber bei Eintritt solcher Verletzungen nebeneinander die Erfüllung des Vertrages und die Zahlung der Busse gefordert werden kann, oder ob die festgesetzten Strafsummen als Gegenwerth zu gelten haben für den Rücktritt der betreffenden Partei von den bezüglichen Verpflichtungen, so dass also Kläger in diesem Falle nur die Conventionalstrafe fordern könnte.

Bei dem heute vorliegenden Vertragsverhältniss deutet nun die Höhe der festgesetzten Strafsummen, welche drei Viertheile des ganzen Kaufwerthes ausmachen, entschieden darauf hin, dass die Conventionalstrafe in letzterm Sinne zu

verstehen ist. Demnach ist Kläger mit seinem ersten Rechtsbegehren abzuweisen. Das zweite Rechtsbegehren erscheint aber unter diesen Umständen in seiner Höhe durchaus gerechtfertigt und es ist keine Veranlassung vorhanden, die geforderte Summe nach Art. 182 O.-R. zu reduciren. Das dritte Rechtsbegehren würde nur einen richtigen Sinn haben, wenn dem Kläger das erste zugesprochen worden wäre; aber auch dann würde sich fragen, ob es rechtlich begründet sei, da der Vertrag keine bezügliche Verpflichtung enthält und die Verletzung des Vertrags auch nicht sowohl durch die Zeitungsinserate, als durch die Betheiligung des Beklagten in einem Concurrenzgeschäft herbeigeführt worden ist.

---

85. *Ungültigkeit eines Rechtsgeschäftes, welches die nach dem Gesetze unzulässige Pfandbestellung an Mobilien ohne Besitzübertragung bewirken soll. Art. 16 und 202 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 11. Juli 1884 i. S. L. Pelletier c. J. Stalder-Schäfer.

Am 15. Dezember 1882 stellte Johann Jacob Stalder-Schäfer zu Gunsten des Klägers für empfangenes Darlehen einen Schuldschein aus, worin er erklärte, dem Kläger an Capital und Zinsen die Summe von Fr. 2385. — schuldig geworden zu sein, und versprach diese Summe zu 5 % zu verzinsen und in jährlichen Raten zurückzuzahlen. Am 3. Januar 1883 sodann wurde von den Parteien folgende Urkunde ausgestellt:

„Zur Deckung für den dem Louis Pelletier dahier schuldenden Betrag von Fr. 2385. — laut Schuldschein vom 15. Dezember 1882 übertrage demselben als dessen Eigenthum in diesem Verzeichniss stehende Möbel und Gegenstände."

Folgt das genannte Verzeichniss, welches fast sämmtlichen Hausrath des Stalder bis auf das Küchengeschirr und die Küchenbank umfasst. Dieses Verzeichniss trägt die Unterschriften des J. J. Stalder und seiner Ehefrau, sowie des Klägers. Beigefügt ist die nachstehende Erklärung des Klägers: „Herr Louis Pelletier überlässt miethweise nebenverzeichnete Gegenstände gegen eine vierteljährliche Miethe von Fr. 30 der Familie Stalder-Schäfer."

Am Schluss dieser Urkunde finden sich Quittungen über die bezahlte Miethe vom 5. April, 11. Juli, 7. October 1883 und 16. Januar 1884. Am 4. März 1884 gerieth Johann Jacob Stalder in Konkurs. Das sämmtliche in dem oben genannten Verzeichniss aufgeführte Mobiliar fand sich noch in seinem Besitze vor und wurde unter die Konkursactiven aufgenom-

men. Die vom Kläger eingeleitete Eigenthumsklage wurde abgewiesen.

Motive. Der eigentliche Zweck der am 3. Januar 1883 getroffenen Uebereinkunft ist offenbar kein anderer als der einer Sicherung für das gegebene Darlehen. Es sollte durch den Werth des abgetretenen Mobiliars der Kläger für seine Forderung wenigstens theilweise gedeckt werden, jedoch ohne dass der Schuldner die Nutzung der als Sicherheit gegebenen Sache verliert; ferner sollte dem Kläger die Verzinsung des Schuldcapitals in bisheriger Weise fortdauern. Dieser Zweck wurde früher durch eine Pfandverschreibung erreicht. Das Obligationenrecht hat nun aber aus Gründen wirthschaftlicher Natur solche Pfandverschreibungen für unzulässig erklärt, und es kann nun nicht angehen, dass auf dem Umwege eines Kaufvertrags dieser gesetzgeberische Wille illusorisch gemacht werde. Vielmehr ist es ein allgemein anerkannter Grundsatz und ein Satz, der eine Existenzbedingung jeder Rechtsordnung ist, dass dasjenige, was der Gesetzgeber durch das Gesetz verbietet, nicht durch Combination anderer an sich zulässiger Rechtsformen dennoch erreicht werde.

Es ist daher nicht nöthig zu untersuchen, ob die Parteien bei ihrem Geschäft eine Benachtheiligung Dritter beabsichtigten (Art. 202 O.-R.) oder ob der wirkliche Wille der Parteien auf Abschluss eines Pfandvertrags gerichtet war und nicht auf Abschluss eines Kaufvertrags (Art. 16 O.-R.). Denn mögen auch die Parteien ernsthaft einen Kaufvertrag nebst Uebertragung des Eigenthums gewollt haben, so ist dies eben ein Wille, der vom Richter nicht geschützt werden darf, weil er ein Resultat zu verwirklichen sucht, das der Gesetzgeber hat unmöglich machen wollen, indem er die Pfandbestellung an Mobilien ohne Besitzübertragung als unzulässig erklärte.

---

86. *Anspruch des gutgläubigen Erwerbers einer gestohlenen Sache auf Ersatz des Kaufpreises gegenüber dem Vindicanten. Art. 206 O.-R. Auslegung der Worte „Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt."*

**St. Gallen.** Entscheid der Recurscommission des Kantonsgerichtes vom 29. November 1884.

E. L. hat acht Male nacheinander dem ihm vorher nicht bekannten Sticker G. Z., der sich bei ihm als Leutenegger vorstellte, Stickereien abgekauft, welche G. Z. in verschiedenen Magazinen entwendet hatte; darunter eine dem J. J. T. entwendete Parthie Waare, für welche E. L. dem G. Z. Fr. 30 bezahlte. E. L. hat dem J. J. T. die Waare als gestohlenes

Gut zurückgeben müssen und belangt nun — „da er sie von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, gutgläubig erworben habe", den J. J. T. für den ausgelegten Kaufpreis von Fr. 30 und Fr. 10. 40 darauf verwendete Appreturkosten. J. J. T. verweigert die Bezahlung. Die Gerichtskommission hat den E. L. abgewiesen. Er sei zwar aus der gegen G. Z. geführten Strafuntersuchung nicht als böswilliger Erwerber hervorgegangen und desshalb komme nicht Art. 207, sondern Art. 206 O.-R. zur Anwendung, aber die Voraussetzungen, unter welchen nach Art. 206 O.-R. der bestohlene Eigenthümer dem gutgläubigen Erwerber den Kaufpreis zu vergüten habe, treffen nicht zu, da G. Z., der dem E. L. die Waare verkaufte, nicht als Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, angesehen werden könne, E. L. ihn als solchen auch nicht gekannt und jedenfalls nicht die nöthige Aufmerksamkeit angewendet habe, um die Eigenschaft des ihm persönlich nicht bekannten Verkäufers, der unter verdächtigen Umständen verkaufte, zu ergründen.

E. L. fand durch dieses Urtheil den Art. 206 O.-R. verletzt; es lasse durchblicken, als habe er die Waare nicht gutgläubig erworben und sage, Leutenegger sei nicht Kaufmann. —Die Recurscommission hat aber diese Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen. Art. 206 O.-R. ist richtig zur Anwendung gelangt. E. L. ist zwar als unvorsichtiger, aber doch als gutgläubiger Erwerber anerkannt; darum Art. 206 und nicht Art. 207 O.-R. zur Anwendung gekommen. Auf Vergütung des ausgelegten Kaufpreises hat aber auch der gutgläubige Erwerber gestohlener Waare nur dann Anspruch, „wenn diese ... oder von einem Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, erworben wurde". Das setzt natürlich voraus, dass der Verkäufer dem Käufer persönlich als ein Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt, bekannt sei. Das ist hier nicht der Fall. Wenn auch G. Z. dem E. L. solche Waaren wiederholt zum Kaufe antrug, sich dabei geschäfts- und waarenkundig zeigte und fälschlich als Leutenegger ausgab, so wird er dadurch auch für E. L. noch nicht zum „Kaufmann, welcher mit derartigen Waaren handelt", im Sinne von Art. 206 O.-R. E. L., der ihn persönlich überhaupt nicht kannte, konnte ihn auch nicht als Leutenegger kennen, was er auch nicht war, und konnte nicht wissen, ob er wirklich ein Kaufmann sei, welcher mit derartigen Waaren handelt, oder in welch' anderer Stellung und wie G. Z. dazu komme, solche Waaren auszubieten.

87. *Kauf. Absichtliche Täuschung des Käufers durch Mischung musterconformer und fehlerhafter Waare? Art. 247 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 28. Januar 1885 i. S. A. Kuhn c. J. Schmidhauser.

Unterm 30. Mai 1884 lieferte Appellant dem Appellaten auf Grund eines vorangegangenen Kaufvertrages zwei Wagenladungen Weizen im Gewichte von 200 Doppelzentnern à Fr. 22. — und fordert hiefür Fr. 4400. — sammt Zinsen vom 4. Juni 1884, dem Tage der Uebernahme an. Quantität und Preis sind an sich nicht bestritten. Dagegen erhebt der Beklagte die Einwendung, in allen Säcken seien der obere und untere Inhalt musterconform, der mittlere aber schlecht und unbrauchbar gewesen, so dass er durch den Kläger absichtlich getäuscht und geschädigt worden sei. Die Waare langte am 4. Juni 1884 auf der Station Sirnach an und wurde sofort in die Mühle M. geschafft. Appellat reklamirte bereits am 5. Juni direkt, es wurde die Waare durch den Ortsvorsteher F. untersucht, am 14. Juni erfolgte Mittheilung der Reklamation durch das Vize-Gerichtspräsidium Münchweilen. Die eine Hälfte der Lieferung wurde in der Mühle vermahlen, die andere am 26. Juni amtlich deponirt und versteigert. Die erste Instanz legte dem Beklagten den Beweis dafür auf, dass die streitige Weizenlieferung zum Theil aus defekter Waare bestanden habe, wobei gleichzeitig zu erheben sei, ob die Art und Weise, wie fehlerhafte und musterconforme Waare gemischt waren, eine absichtliche Täuschung konstatire. Die Appellation des Klägers gegen diesen Entscheid wurde abgewiesen.

Motive: Gegenüber der Klage des Appellanten auf Zahlung des Kaufpreises erhebt der Appellat die Einwendung, die gelieferte Waare habe Mängel gehabt und er sei vom Appellanten absichtlich über die Beschaffenheit der Waare getäuscht worden, indem in den Getreidesäcken oben und unten gute, in der Mitte dagegen schlechte Frucht gewesen sei. Streitig ist, ob auf den Beweis für diese absichtliche Täuschung erkannt werden dürfe. Das Obergericht bejaht dies. Wenn auch zwischen den Parteien streitig ist, ob der Appellat rechtzeitig die empfangene Sache geprüft und sofort reklamirt habe, wie dies Art. 246 O.-R. vorschreibt, so bestimmt doch Art. 247, dass bei absichtlicher Täuschung des Käufers durch den Verkäufer die im Art. 246 vorgesehene Beschränkung der Gewährleistung keine Anwendung finde, es ist also in diesem Falle eine solche Reklamation auch späterhin noch zulässig. Hieraus ist zu schliessen, dass die

Reklamationen des Appellaten gehört werden müssen (und zwar in Bezug auf beide Wagen), falls er nachweisen könnte, dass ihn Appellant absichtlich getäuscht habe.

Darüber, wie zu entscheiden sei, wenn Appellat die absichtliche Täuschung nicht beweisen könnte, hat sich die erste Instanz noch in keiner Weise ausgesprochen und liegt desshalb für das Obergericht keine Veranlassung vor, diesen Fall in's Auge zu fassen.

---

88. *Miethe. Der Erwerber einer Liegenschaft, welcher die Fortsetzung des Miethvertrages nicht übernommen hat, haftet nicht für Schadenersatz, den der Miether aus dem vertragswidrigen Zustande der Miethsache herleitet. Art. 276, 277, 281 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 19. September 1884 i. S. Sticher c. Mollinet-Rudin.

Die Klägerin hatte auf 1. April 1884 ein Wirthschaftslocal gemiethet. Nach ihrer Behauptung befand sich dasselbe beim Antritt nicht in vertragsmässigem Zustande. Namentlich fehlte eine im Vertrage vorgesehene Bierpression. Da die Vermietherin bald nach Antritt der Miethe in Concurs gerieth, so gelangte die Liegenschaft am 14. Mai 1884 zur Versteigerung und wurde vom Beklagten erworben.

Den Miethzins für das II. Quartal 1884 zahlte die Klägerin in Folge dessen zur Hälfte an die Concursbehörde, die andere Hälfte wurde vom Beklagten angesprochen. Da jedoch die Klägerin statt der geforderten Fr. 100 nur Fr. 50 bezahlte, kam es unter den Parteien über den Rest am 22. Juli 1884 zur Verhandlung vor dem Civilgerichtspräsidenten. Klägerin wandte ein, dass das Miethobjekt nicht im vertragsgemässen Zustand sei und dass insbesondere die Bierpression fehle; in Folge dessen wurde ihr ein Abzug von Fr. 25 an der schuldigen Miethe zugesprochen. Nun stellte Klägerin gestützt auf Art. 276 und 277 O.-R. das weitere Begehren, es sei Beklagter zu einer Entschädigung von täglich Fr. 3 zu verfällen und zwar seit 14. Mai 1884 und bis so lange, als eine Bierpression in den von der Klägerin gemietheten Localitäten nicht erstellt sei.

Die Klage wurde jedoch abgewiesen.

Motive: Die Klage stützt sich auf die Voraussetzung, dass der Beklagte als Erwerber der Liegenschaft in den Miethvertrag der frühern Eigenthümerin mit der Klägerin ohne weiteres eingetreten sei. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu. Nach Art. 281 O.-R. kann der Miether die Fortsetzung des Miethvertrags von dem dritten Erwerber der gemietheten

Liegenschaft nur fordern, wenn dieser die Miethe übernommen hat. Ist letzteres nicht der Fall, so kann der Erwerber nach Absatz 2 des Art. 281 nur angehalten werden, den Miether bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist im Gebrauch der gemietheten Localitäten zu belassen. Eine weitere Verpflichtung gegenüber dem Miether hat der dritte Erwerber der gemietheten Liegenschaft nicht.

Da nun die Klägerin selbst nicht behauptet, dass der Beklagte die Fortsetzung der Miethe übernommen habe, so kann sie ein weiteres als die Benützung der gemietheten Localitäten bis zum Ablauf der Kündigungszeit vom Beklagten nicht fordern und ist also mit ihrem Begehren abzuweisen.

Eine andere Frage ist allerdings die, ob sie nicht, wofern Beklagter weniger leistet, als wofür der Miethzins von Fr. 200 stipulirt war nach Analogie von Art. 277 Al. 2 eine verhältnissmässige Herabsetzung der an den Beklagten zu entrichtenden Miethe verlangen könne. Diese Frage liegt aber heute nicht zur Entscheidung vor.

---

89. *Retentionsrecht des Vermiethers. Umfang desselben bei einer Reitanstalt als Miethobjekt. Art. 294 Abs. 1 O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer des Obergerichtes vom 19. August 1884 i. S. Ehefrau und Kinder Sattler c. Reitanstalt St. Jakob.

Die Vermiether einer Reitanstalt, bestehend in einem Reitschopf, Stallungen und Wohnung für den Inhaber und die Bedienten machen im Concurse des Miethers ein Retentionsrecht geltend an den in diesen Lokalitäten eingebrachten Pferden, Pferdegeschirren, Stallgeräthschaften, Wagen, Vorräthen an Futter, sowie an der vor den Stall gestellten Hundehütte nebst dem darin befindlichen Hund. Diese Ansprache wurde erst- und zweitinstanzlich gutgeheissen, davon ausgehend, dass alle streitigen Gegenstände unzweifelhaft zur Ausrüstung und Benutzung der Anstalt gehören. Im Uebrigen wurde in der Begründung lediglich, gegenüber der Einwendung, dass die Pferde sich öfters ausserhalb des Miethlokals befinden und daher das Retentionsrecht nur als ein intermittirendes gedacht werden könnte, bemerkt, jene Thatsache sei ganz unerheblich, da in dieser Hinsicht nur solche Sachen dem Retentionsrecht entzogen seien, welche mehr zufällig in die Miethlokalitäten gelangen, mit der Art der Benutzung derselben dagegen in keinem Zusammenhange stehen.

---

90. *Grundversichertes Darlehn, Vorbehalt des kantonalen Rechtes. Art. 337 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Recurskammer des Obergerichtes vom 24. Sept. 1884 i. S. Frei-Wepfer c. Kunz.

Entscheid: Nicht vorbehalten, sondern aufgehoben ist § 1124 des zürch. privatrechtl. Gesetzb., dahin gehend, dass der Darlehnsgeber beim Verzug des Darlehnsnehmers ½ % des Kapitals als Entschädigung beanspruchen dürfe; weil dies nicht eine besondere Vorschrift für das grundversicherte Darlehn, sondern eine solche allgemein obligationenrechtlichen Inhalts ist. (Vergl. Hafner Anm. 2 zu Art. 337 und das regierungsräthl. Verzeichniss der aufgehobenen Stellen des Priv.-Ges.-B.)

---

91. *Collectivgesellschaft. Der einzelne Gesellschafter kann für eine Gesellschaftsschuld sofort nach Auflösung der Gesellschaft und vor vollzogener Liquidation belangt werden. Art. 564 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 18. Juli 1884 i. S. Robin-Chrétien c. J. M. Kottmann.

Kottmann wurde als Theilhaber der laut Publikation im Handelsamtsblatte vom 2. März 1884 aufgelösten Collectivgesellschaft Krantz & Kottmann persönlich belangt. Der Klage stellte er die Einrede entgegen, er sei nicht der richtige Beklagte. Die Collectivgesellschaft habe sich zwar aufgelöst, die Liquidation sei aber noch nicht beendigt. Aus dem Art. 573 und besonders 580 ff. O.-R. ergebe sich aber, dass Art. 564 O.-R. bestimmen wolle, die einzelnen Gesellschafter sollen für Gesellschaftsschulden erst belangt werden können nach vollzogener Liquidation. — Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Es fragt sich lediglich, ob der Auslegung, welche der Beklagte dem Art. 564 al. 3 O.-R. giebt, beizutreten sei oder nicht. Die betr. Bestimmung lautet: „Der einzelne Gesellschafter kann jedoch für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden, wenn die Gesellschaft aufgelöst .... ist.“ Der Beklagte behauptet, eine Gesellschaft könne im Sinne dieser Gesetzesworte erst dann als aufgelöst betrachtet werden, wenn das Gesellschaftsvermögen liquidirt sei. Diese Ansicht ist offenbar eine irrige. Die Auflösung einer Gesellschaft wird im O.-R. streng geschieden von der Liquidation des Vermögens; speziell in Bezug auf die Collectivgesellschaft sind diese beiden Begriffe in verschiedenen Abschnitten (Tit. 24, Abschn. IV, V) behandelt. Die Liquidation tritt ein, wenn die Auflösung vol-

lendete Thatsache ist. Wenn daher der Gesetzgeber dem Art. 564 die Bedeutung hätte geben wollen, welche der Beklagte ihm beilegt, so hätte er unzweifelhaft gesagt: „Wenn die Gesellschaft aufgelöst und liquidirt ist."

Der Beklagte beruft sich für seine Ansicht auf die Bestimmung des Art. 573 l. 1, dass über das Vermögen einer Collectivgesellschaft auch nach deren Auflösung der Concurs verhängt werden könne.

Dieser Artikel hätte mit mehr Recht von den Klägern angerufen werden können, denn seine Fassung zeigt deutlich, dass er die Zulässigkeit der Betreibung gegen die einzelnen Theilhaber voraussetzt und den Gesellschaftscreditoren nur noch eine weitere Sicherheit geben will. — Keinen Sinn hat es, dass der Beklagte die Art. 580 ff. O.-R., die von der Liquidation der Collectivgesellschaft handeln, als Beweise für die Richtigkeit seiner Ansicht citirt. Es findet sich in diesem Abschnitt nicht die leiseste Andeutung, dass irgend eine rechtliche Consequenz der Auflösung einer Collectivgesellschaft erst nach der Liquidation des Vermögens eintreten solle.

---

92. *Haftung als Mitglied eines Vereines gegenüber Dritten. Bei einem Verein ohne juristische Persönlichkeit sind als „Handelnde" im Sinne von Art. 727 l. 2 O.-R. bei einer Klage aus einem mit dem Verein abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nur diejenigen Mitglieder verantwortlich, welche beim Rechtsgeschäfte irgendwie direkt betheiligt waren. — Zur Existenz eines Vereines ist immer ein konstituirender Akt, in der Regel die Aufstellung von Statuten erforderlich. Art. 716, 717 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 17. Januar 1885 i. S. J. J. Baumann c. Konrad Sieber & Cons.

Im Sommer 1884 wurden durch eine Reihe von Personen verschiedener Berufsarten in mehreren Ortschaften des Kantons Zürich theatralische Aufführungen gegeben. Die Ankündigungen hiezu erfolgten unter dem Namen „Dramatischer Verein Wülflingen". Der Kläger behauptet, dass er an diese Unternehmung Bretter zur Erstellung der Bühne geliefert habe und fordert von 6 Personen, welche er als Mitglieder dieses Vereins bezeichnet, die Bezahlung des Kaufpreises von Fr. 280. — und zwar unter solidarer Haft aller Beklagten. Derselbe macht geltend, der „Dramatische Verein Wülflingen" sei ein Verein im Sinne des Art. 716 ff. O.-R. und die Beklagten seien ihm solidarisch haftbar als dessen Mitglieder. Die Bretter seien ihm von zwei ihm unbekannten Personen, aber für jenen Verein, bestellt worden; einer der Beklagten,

Rüegg, habe dieselben später auf des Klägers Holzplatz durch einen Fuhrmann abholen lassen und diesem erklärt, er sei vom Dramatischen Verein hiezu beauftragt. — Die Beklagten bestreiten, dass sie einer Verbindung mit dem Namen „Dramatischer Verein Wülflingen" angehören, sowie dass überhaupt eine Verbindung dieser Art als Verein existire, indem sie anführen, die Gründung eines solchen Vereines sei zwar von den Personen, welche jene Vorstellungen gegeben haben, beabsichtigt worden, indess nicht zu Stande gekommen. — Im Handelsregister ist ein Verein dieses Namens nicht eingetragen. — Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Ein Verein im Sinne des Art. 717 O.-R. hat offenbar nicht bestanden. Eine Reihe von Thatsachen sprechen zwar dafür, dass die Beklagten sich nach aussen als Mitglieder des „Dramatischen Vereins Wülflingen" gerirt und es zum mindesten geduldet haben, dass diese Bezeichnung im Verkehr mit dem Publikum gebraucht wurde. Allein dies genügt noch nicht, um die Existenz einer Verbindung darzuthun, welcher die rechtliche Stellung eines Vereines im Sinne des Obligationenrechts zukäme. Zur Begründung eines solchen gehört nämlich unzweifelhaft ein konstituirender Akt mit der Wirkung, eine bestimmte Organisation in's Leben zu rufen, wie sie ihren Ausdruck regelmässig in der Errichtung von Statuten zu finden pflegt. Die Begründung eines Vereins in dieser Weise ist aber bestritten und nicht bewiesen.

Würde man aber annehmen, es habe ein Verein im juristischen Sinne bestanden, so wäre derselbe ein solcher im Sinne des Art. 716 O.-R. gewesen, da der angestrebte Zweck vorzugsweise ein künstlerischer und mindestens ein geselliger war, wenn auch nebenbei ökonomische Rücksichten gewaltet haben mögen. Nun ist der Verein weder in's Handelsregister eingetragen, noch steht demselben nach kantonalem Recht die juristische Persönlichkeit zu, da solche durch § 20 des zürch. Priv.-Ges.-B. vom Vorhandensein von Statuten abhängig gemacht ist. Also ist der Verein jedenfalls nicht eine juristische Person.

Gemäss Art. 717 l. 2 O.-R. sind, wenn im Namen von Vereinen ohne Persönlichkeit Rechtshandlungen gegenüber Dritten vorgenommen werden, nur „die Handelnden" den Dritten persönlich und solidarisch verantwortlich. Mit dieser Begriffsbestimmung „Handelnde" können nun aber nicht alle diejenigen Personen gemeint sein, welche einem Verein angehören und sich für denselben irgendwie bethätigt und nach aussen als dessen Mitglieder zu erkennen gegeben haben,

sondern nur diejenigen, welche bei dem Rechtsgeschäft, aus welchem geklagt wird, in irgend einer Weise direkt betheiligt waren. Diese engere Interpretation rechtfertigt sich schon durch den Wortlaut des Art. 717, welcher den Ausdruck „Handelnde" in unmittelbaren Zusammenhang mit dem Ausdruck „Rechtshandlung" bringt und wobei die übereinstimmende Bezeichnung für die subjektive Thätigkeit „handeln" einerseits und den dadurch bewirkten objektiven Rechtszustand „Handlung" anderseits darauf hinweist, dass der Gesetzgeber erstere nur zur Verantwortung ziehen wollte, sofern solche als unmittelbare Veranlassung des Rechtszustandes erscheint. Hätte eine weitergehende Haftbarkeit bestimmt werden wollen, so wäre unzweifelhaft ein Ausdruck gewählt worden, welcher die Verantwortlichkeit gegenüber Dritten auf Grund des blossen Sicherkennengebens als Mitglieder des Vereins klar ausgesprochen hätte. — Unbestrittenermassen war nun bei Bestellung der Bretter keiner der Beklagten betheiligt. Dagegen ist zugegeben, dass der Beklagte Rüegg, nachdem der Kauf selbst durch den seither ausser Landes gezogenen W. abgeschlossen worden war, dem Fuhrmann Stahel den Auftrag gab, dieselben beim Kläger abzuholen. Liegt in diesem Auftrag ein Handeln, das den Rüegg verantwortlich macht? Die Frage ist zu verneinen. Denn unter den „Handelnden" sind, wie ausgeführt wurde, nur die Personen zu verstehen, welche mit dem dritten Kontrahenten direkt verkehrt und sich ihm als Mitkontrahenten zu erkennen gegeben haben. Der Auftrag an den Fuhrmann hat dagegen nicht in Gegenwart des Klägers stattgefunden, und es hat dieser auch nicht behauptet, dass er bei Ablieferung der Bretter davon Kenntniss gehabt habe, ja es ist nicht einmal wahrscheinlich gemacht, dass die Ablieferung etwa im Vertrauen auf die Person des Rüegg erfolgt sei, gegentheils spricht die Vermuthung dafür, dass der Kläger die Waare lediglich in den Besitz der Personen übertragen wollte, welche ihm dieselbe bestellt hatten.

---

**93.** ***Bail à loyer. L'art. 293 C. O. ne peut être invoqué ni par le bailleur, ni par les héritiers du preneur pour obtenir la résolution des baux antérieurs au 1er janvier 1883. Art. 882 C. O.***

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 30 janvier 1885 dans la cause Rivollet, Schaefer et Dumas c. Piuz et Dlle Birraux.

En fait, par acte sous seing privé passé à Genève le 10 décembre 1881, enregistré le 13 juin 1883, les demandeurs ont loué à Joseph Birraux, auteur des défendeurs, une cave

située dans l'immeuble qu'ils possèdent à Montbrillant, pour le terme de 6 années consécutives devant finir le 30 septembre 1887 et pour le prix de 180 fr. l'an.

Jos. Birraux est décédé le 9 avril 1883, soit postérieurement à l'entrée en vigueur du C. féd. des obligations; le 6 juin suivant, les défendeurs, se prévalant des dispositions de l'art. 293 dudit code, ont fait signifier aux demandeurs qu'ils donnaient congé des locaux loués par leur auteur pour le 30 septembre suivant.

Les demandeurs ont répondu, par exploit du 12 juin 1883, qu'ils n'acceptaient pas ce congé; nonobstant cette protestation, les défendeurs ont évacué le local loué.

Aujourd'hui, les demandeurs réclament aux défendeurs le paiement de la somme de 270 fr., montant de 3 trimestres de loyer au 31 mars prochain.

En droit, attendu qu'aux termes de l'art. 882 C. O., les effets juridiques de faits antérieurs au 1er janvier 1883 restent régis, même après cette date, par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire desquelles ces faits se sont passés;

Qu'en conséquence, par rapport à leur force obligatoire et à leurs effets, les actes accomplis avant le 1er janvier 1883 restent soumis, même postérieurement à cette date, à la loi en vigueur à l'époque où il y a été procédé;

Qu'au contraire, les faits postérieurs au 1er janvier 1883, notamment la transmission ou l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par le C. O.;

Attendu encore qu'aux termes de l'art. 293 du même code, en cas de mort du preneur, les baux d'une année ou d'une durée plus longue peuvent être résiliés pour le plus prochain terme, soit par les héritiers, soit par le bailleur, moyennant un avertissement préalable donné conformément à l'art. 290, 1° et 2°;

Attendu que la question qui divise les parties est celle de savoir si la mort du preneur, survenue postérieurement au 1er janvier 1883, donne à ses héritiers le droit de résilier pour le plus prochain terme un bail antérieur à cette date;

Considérant que le principe posé dans le 3me alinéa de l'art. 882 n'est que la contre-partie du principe posé dans le 1er alinéa du même article; qu'il faut, dès lors, prendre le mot „fait" dans le même sens dans ces deux alinéas;

Considérant que les faits antérieurs au 1er janvier 1883, dont il est question dans la première partie de l'article, et les faits postérieurs à la même date, dont il est question dans

la seconde partie et qui leur sont opposés, ne peuvent être, dans la pensée du législateur, que des faits qui donnent naissance à une obligation, comme un contrat, un quasi-contrat, un délit ou un quasi-délit;

Considérant que les mots „notamment la transmission ou l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date" ne sauraient être pris comme ayant un sens plus étendu;

Qu'ils ne sauraient surtout s'appliquer indistinctement à tous les faits qui, pendant la durée du contrat, peuvent modifier la situation respective des parties et faire naître entre elles une contestation;

Considérant que si, à la connaissance du Tribunal, la jurisprudence n'a pas été appelée à trancher cette question au point de vue de la mort du preneur, elle l'a déjà tranchée à diverses reprises au point de vue d'autres faits survenus postérieurement au 1er janvier 1883 et pendant le cours de contrats intervenus avant cette date, et cela en faveur de l'application de la loi civile en vigueur avant le C. O.;

Que, notamment, dans diverses instances introduites par des locataires contre leurs bailleurs au sujet du trouble apporté dans leur jouissance par les travaux exécutés par la Ville de Genève dans le cours du Rhône, le Tribunal a constamment écarté les dispositions du C. O. et appliqué les dispositions du C. civ. franç., bien que les faits qui eussent donné naissance aux demandes fussent postérieurs au 1er janvier 1883; que cependant l'amoindrissement de la jouissance du preneur pendant la durée du bail est un fait qui est prévu par le C. O. (art. 277) aussi bien que la mort du preneur;

Considérant que le système soutenu par les défendeurs se heurte, d'ailleurs, à la disposition très précise et très claire du § 2 de l'art. 882: „Par rapport à leur force obligatoire et à leurs effets, les actes accomplis avant le 1er janvier 1883 restent soumis, même postérieurement à cette date, à la loi en vigueur à l'époque où il y a été procédé;"

Considérant encore que, même en s'attachant littéralement aux termes employés par le C. O., ce système ne se justifie pas;

Qu'en effet, la mort du preneur, d'après la théorie émise par le législateur fédéral, n'est pas à proprement parler une cause absolue d'extinction du contrat de louage, comme le serait, dans le contrat de louage de services, la mort de celui qui a engagé ses services (art. 347 C. O.);

Qu'elle donne seulement à ses héritiers et au bailleur le droit de résilier le bail dans un certain délai.....

94. *Zeitliche Herrschaft des O.-R. Verzinsung einer vor 1. Januar 1883 entstandenen Forderung. Art. 8820.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Recurskammer des Obergerichtes vom 24. Sept. 1884 i. S. Leih- und Sparkasse Aadorf c. Zwingli.

Als Bürge und Selbstzahler einer am 25. März 1882 entstandenen Forderung wurde Zwingli für Zinse dieser letztern vom 25. März 1882 bis 25. März 1883 belangt. Das Gericht entschied, für die Zinspflicht sei Art. 499 O.-R. massgebend.

Motive: Der Abschluss des Bürgschaftsvertrages fand unter der Herrschaft des alten Rechtes statt; allein in dieser Thatsache lag vorderhand nichts weiteres, als ein Zahlungsversprechen mit der Bedingung, dass der Hauptschuldner seiner Verpflichtung auf den Verfalltermin nicht nachkommen werde. Die Haftbarkeit des Bürgen speziell bezüglich der streitigen Zinsforderung war dagegen vom Eintritt einer weitern Thatsache abhängig, nämlich der Nichtzahlung durch den Schuldner beim Verfalltermin. Letztere zur Begründung der Schuldpflicht des Bürgen erforderliche Thatsache trat aber nach dem 1. Januar 1883 ein und steht daher unter der Herrschaft des schweiz. O.-R. (Vergl. Haberstich O.-R., Bd. I. S. 50 ff.)

95. *Postrecht. Die Berechtigung des Adressaten gegenüber der Postverwaltung auf den Empfang der an ihn adressirten Postsendungen ist privatrechtlicher Natur, und die Gerichte sind daher berechtigt, zum Schutze derselben der Postverwaltung Anweisungen zu ertheilen.*

**Zürich.** Entscheid der Recurskammer vom 9. Mai 1884 i. S. Titus Dürr & Cie. c. Titus Dürr, Vater.

Titus Dürr & Cie., Samen- und Kolonialwaarenhandlung, Bahnhofstrasse 104 in Zürich stellten beim Audienzrichter in Zürich folgende Begehren:

a) dass der Kreispostdirektion Zürich aufgegeben werde, sämmtliche unter der Adresse: Titus Dürr, Zürich, Titus Dürr, Marktgasse, Zürich, Titus Dürr, Marktgasse 15, Zürich oder Titus Dürr, Sohn, Zürich, an sie die Firma Titus Dürr & Cie., Bahnhofstrasse 104, abliefern zu lassen, b) dass dem Titus Dürr, sen. verboten werde, Briefe und Postsendungen unter oben bezeichneten Adressen entgegenzunehmen und zu öffnen.

Der Audienzrichter wies diese Begehren ab, das erste, weil es den Gerichten nicht zustehe, der Postverwaltung, als einem staatlich organisirten Institut, Anweisungen zu ertheilen, das zweite, weil nicht feststehe, dass Titus Dürr & Cie. zur Entgegennahme der betreffenden Postsendungen berech-

tigt seien. Der hiegegen von Titus Dürr & Cie. ergriffene Recurs wurde insofern gutgeheissen, als das Gericht die Postdirektion Zürich anwies, die mit „Titus Dürr, Zürich“ oder „Titus Dürr, Sohn, Zürich“ bezeichneten Postsendungen an die Recurrenten abgeben zu lassen.

Motive: Es ist, entgegen der Auffassung des Audienzrichters, davon auszugehen, dass die Gerichte befugt sind, der Postverwaltung auf Begehren und im Interesse von Privatpersonen bestimmte Anweisungen zu ertheilen, unbeschadet des öffentlichrechtlichen Charakters dieses Institutes. Dieser Grundsatz steht für den Strafprozess unzweifelhaft fest; es rechtfertigt sich aber auch, denselben für zivilrechtliche Interessen in Anwendung zu bringen, wenn es sich um den Schutz von Privatinteressen handelt, welche der Postverwaltung gegenüber bestehen und geltend gemacht werden können. Als ein derartiges Privatrecht aber ist die Berechtigung des Adressaten auf den Empfang von an ihn adressirten Postsendungen anzusehen, gleichviel, ob man die entsprechende Verpflichtung der Postverwaltung aus einem zu Gunsten Dritter abgeschlossenen Vertrag herleiten oder rechtlich als Geschäftsbesorgung ohne Auftrag konstruiren will. (Vergl. Laband, deutsches Staatsrecht, Bd. II, S. 305 u. 306, Meili, Telegraphenrecht, S. 30 ff., und Haftpflicht der Postanstalten, S. 146 ff.) Das von der ersten Instanz geäusserte formelle Bedenken ist übrigens um so weniger am Platz, als die Postdirektion dasselbe keineswegs theilt, sondern die Recurrenten geradezu aufgefordert hat, ihre diesfällige Berechtigung durch gerichtliche Verfügung feststellen zu lassen, worin eo ipso die Bereitwilligkeit ausgesprochen liegt, eine derartige Anweisung als für sich verbindlich anzuerkennen.

Materiell stützen sich beide Begehren der Recurrenten darauf, dass die Samenhandlung des Recursgegners, welche unter der Firma „Titus Dürr“ betrieben worden, durch Kaufvertrag in den Besitz des Sohnes Titus Dürr und von diesem in den Besitz von Titus Dürr & Cie. übergegangen sei, welche Firma somit allein Anspruch darauf habe, als Rechtsnachfolgerin der alten Firma Titus Dürr zu gelten, während das von Dürr sen. seither errichtete Konkurrenzgeschäft seine Entstehung nur dem vertragswidrigen Verhalten und der Illoyalität seines Gründers verdanke. Es muss nun Angesichts dieser Sachdarstellung, welche allerdings im grossen Ganzen unbestritten geblieben ist, zweierlei auffallen, nämlich einmal, dass die Recurrenten nicht einmal behaupten, dass sie irgend welche rechtliche Schritte behufs Anfechtung

der Firma Titus Dürr sen., Samenhandlung, gethan haben oder zu thun gedenken, und sodann, dass sie selbst mit Beziehung auf die Postsendungen die ihrer Auffassung entsprechende Konsequenz nicht ziehen, dass überhaupt alle auf Titus Dürr bezüglichen, also auch die an Titus Dürr sen. adressirten Postsendungen ihnen zuzustellen seien. Unter diesen Umständen geht es aber im summarischen Verfahren nicht an, auf eine Voraussetzung abzustellen, von welcher zwar die Rekurrenten ihre Deduktionen herzuleiten scheinen, welche aber hinwiederum von diesen selbst nicht im vollen Umfange festgehalten wird, auf die Voraussetzung nämlich, dass die Firma Dürr sen. neben der Firma Dürr & Cie. keine Existenzberechtigung habe. Vielmehr ist die erste Firma einstweilen noch als bestehend anzusehen, und es hat dies, da das Geschäftslokal derselben unstreitig in Marktgasse N° 15 sich befindet, mit Nothwendigkeit zur Folge, dass das Begehren der Rekurrenten, es seien die an „Titus Dürr, Marktgasse" oder „Titus Dürr, Marktgasse 15" adressirten Postsendungen an Titus Dürr & Cie. auszuhändigen, verworfen werden muss. Dagegen ist nach der gegenwärtigen Aktenlage anzunehmen, dass bei denjenigen Adressen, wo die Firmabezeichnung eine zu allgemeine und so ungenaue ist, dass nicht mit Sicherheit ausgemittelt werden kann, welche der beiden Firmen gemeint sei, diejenige der Rekurrenten als die zum Empfang der betreffenden Postsendungen besser berechtigte zu qualifiziren ist. Diese Voraussetzung trifft bei den Bezeichnungen „Titus Dürr" und „Titus Dürr, Sohn" zu, und es ist daher die Beschwerde wenigstens in dem Sinne gutzuheissen, dass die so adressirten Postsendungen zunächst an Titus Dürr & Cie. abzugeben sind.

---

**96.** ***Bundesgesetz betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Aktivlegitimation der Eltern des Getödteten. Concurrirendes Verschulden.***

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes, II. Civilabtheilung, vom 23. Mai 1884 i. S. Zeugin c. Ziegler.

Motive: Thatsächlich steht mit Bezug auf den der gegenwärtigen Schadenersatzklage zu Grunde liegenden Unfall Folgendes fest: Urs Joseph Zeugin, einziges Kind der klägerischen Eheleute Zeugin von Duggingen, geboren den 16. März 1866, war seit 15. Juli 1882 in der mechanischen Papierfabrik von J. Ziegler-Thoma in Grellingen als Arbeiter angestellt und bezog in dieser Eigenschaft einen Lohn von Fr. 1. 21

per Tag. Am 23. November 1882 Morgens erhielt derselbe mit drei andern Arbeitern, Adolf Gasser, Marie Boder und Marie Keller vom Lumpensaalmeister Joseph Häner den Auftrag, Lumpen zu „wolfen", und zwar sollten Marie Boder und Marie Keller die Lumpen in den sogenannten „Wolf", eine in den obern Räumlichkeiten des Fabrikgebäudes befindliche Maschine zur Verkleinerung der Lumpen, hineinschieben, während Zeugin die gewolften und von der Maschine wieder ausgeworfenen Lumpen in Körbe zu fassen und dem Adolf Gasser auf einem Karren an den sogenannten „Lumpenstäuber" zuzuführen hatte. Oberhalb des Wendelbaumes des Wolfes befinden sich nun zwei durch einen Hackenriegel verschliessbare eiserne Flügel. Diese Flügel wurden, nachdem Zeugin schon 5 oder 6 Körbe Lumpen fortgeschafft hatte, lose und durch die entstandene Oeffnung drang etwas Staub heraus. Durch diesen Umstand und das von der Maschine verursachte Geräusch veranlasst, wollte Zeugin die Flügel schliessen und verlangte zu dem Ende von der Marie Boder den auf dem Wolfe liegenden Schlüssel. Von der Letztern und Adolf Gasser gewarnt und auf die Gefährlichkeit seines Vorhabens aufmerksam gemacht, bemerkte er, „es mache nichts", näherte sich der Maschine zwischen dem Wendelbaum und der Wand der Staubkammer, wurde von dem Wendelbaum erfasst, auf denselben aufgewickelt und war sofort eine Leiche. Der Unfall ereignete sich ungefähr um 8½ Uhr des Morgens und unmittelbar darauf erfolgte die amtliche Aufnahme desselben. Zu bemerken ist noch, dass seither der Zutritt zum Wendelbaum durch ein Brett abgeschlossen worden ist.

In erster Linie ist die von den Beklagten angefochtene Aktivlegitimation der Klägerschaft zum vorliegenden Anspruche zu prüfen. Der Art. 6 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 bestimmt, dass im Todesfalle derjenige Schaden zu ersetzen sei, welchen die Hinterlassenen eines Getödteten oder Verstorbenen erleiden, wenn derselbe zu ihrem Unterhalt verpflichtet war. Danach kommt es also darauf an, ob angenommen werden darf, Urs Joseph Zeugin sei zur Zeit seines Todes gegenüber seinen Eltern alimentationspflichtig gewesen. Der Einwand der Beklagten, dass es in der Klage an einer diesbezüglichen Behauptung fehle, ist nicht stichhaltig, denn die in der Klage enthaltenen Ausführungen involviren den rechtlichen Schluss, dass der Sohn Zeugin verpflichtet war, seinen Eltern in Folge ihrer Bedürftigkeit Alimente zu gewähren (Art. 205, c. c.), zumal das Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 angerufen ist. In der That verpflichtet

denn der allegirte Art. 205 c. c. die Kinder zur Alimentirung ihrer bedürftigen Eltern und übrigen Ascendenten, und es ist diese Gesetzesbestimmung durch das Decret vom 15. Mai 1816, welches bloss die kirchlichen Verhältnisse der Ehe beschlägt (vergl. Urtheil vom 22. September 1871 i. S. Ignace Vallat c. Joseph Desfourneaux und Cons.), in keiner Weise aufgehoben worden, was auch dadurch bestätigt wird, dass der ebenfalls für den Jura geltende Art. 25 des Armenpolizeigesetzes vom 14. April 1858 eine derartige gesetzliche Alimentationspflicht voraussetzt. Uebrigens stellen die Beklagten nicht sowohl die grundsätzliche Verpflichtung des verstorbenen Sohnes Zeugin zum Unterhalt seiner Eltern in Abrede, sondern verneinen vielmehr nur, dass die Letztern zur Zeit des Todes ihres Sohnes alimentationsbedürftig gewesen. Es muss indess davon ausgegangen werden, dass der Art. 205 c. c. die Verpflichtung der Kinder zur Alimentation ihrer Eltern nicht von einem absoluten Nothstand der Letztern abhängig machen will, und dass eine solche Verpflichtung überall da besteht, wo die Eltern mehr oder weniger einer Unterstützung Seitens ihrer Kinder bedürftig sind. Nun spricht sich schon das Zeugniss des Gemeinderathes von Duggingen dahin aus, dass die Eltern Zeugin des Verdienstes ihres Sohnes bedurften, weil sie nur ein kleines Vermögen besitzen, und es halten auch die als Beweismittel angerufenen Zeugen den im Kataster auf Fr. 3000 bezifferten Werth des liegenschaftlichen Vermögens des Georg Zeugin als zu hoch gegriffen, überdiess sind die fraglichen Immobilien noch mit einer Hypothek belastet und der Werth des Mobiliars ist nach den nämlichen Zeugen ein ganz geringer (Fr. 300). Angesichts dieser Thatsachen wird nicht wohl geleugnet werden können, dass die Eltern Zeugin bis zu einem gewissen Grade unterstützungsbedürftig waren, und es liegt übrigens hiefür auch im Briefe des J. Ziegler-Thoma, Rechtsvorfahren der heutigen Beklagten, an Fürsprecher Cueni, vom 10. Februar 1883, ein für die beklagte Partei verbindliches aussergerichtliches Geständniss vor (§ 163 P.). Nach dem Gesagten muss die Aktivlegitimation der Eheleute Zeugin zum vorliegenden Anspruche als hergestellt betrachtet werden. Durch den im Verlauf des Prozesses erfolgten Tod des Ehemannes Zeugin ist keine Aenderung der prozessualischen Sachlage eingetreten, da es sich um ein Recht handelt, welches der Wittwe sowohl, als dem Vater, beiden persönlich zusteht.

Die Beklagten machen geltend, es habe sich Zeugin den Unfall durch eigenes Verschulden zugezogen, indem er einerseits der Fabrikordnung zuwider gehandelt und anderseits

in grober Fahrlässigkeit sich zu nahe an die Maschine gedrängt habe. Es ist nun allerdings richtig, dass nach den Bestimmungen der Fabrikordnung (speziell §§ 8, 12, 13 derselben) Zeugin an der Maschine selbst nichts zu thun hatte und allfällige Fehler an derselben seinen Vorgesetzten hätte anzeigen sollen, und es kann sich die Klagepartei auch nicht etwa darauf berufen, dass die Bestimmungen der Fabrikordnung für sie nicht verbindlich seien, denn es darf freilich die Haftpflicht des Fabrikanten gemäss Art. 10 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 vertraglich nicht beschränkt oder ausgeschlossen werden, dagegen sind die polizeilichen Vorschriften einer behördlich genehmigten Fabrikordnung gemäss Art. 7 und 8 des Fabrikgesetzes vom 23. März 1877 für das gegenseitige Verhältniss zwischen Fabrikant und Arbeiter massgebend. Ein weiteres Verschulden des Zeugin liegt sodann ferner darin, dass sich derselbe erwiesenermassen ohne dringende Veranlassung und trotz ernstlicher Mahnung der Mitarbeiter Adolf Gasser und Marie Boder der in Bewegung befindlichen Maschine so sehr näherte, dass er vom Wendelbaum erfasst werden konnte, zumal er nach der Aussage des Adolf Gasser eine Blouse — also nicht enganschliessende Kleider (§ 13 der Fabrikordnung) — trug. Ein Selbstverschulden des Zeugin ist somit nach einer doppelten Richtung hin bis zu einem gewissen Grade als vorhanden anzunehmen; indess genügt das eigene Verschulden des Verunglückten nur dann, um eine vollständige Liberation des Fabrikanten zu bewirken, wenn dasselbe die alleinige Ursache des Unfalles war, indem die Ersatzpflicht des Fabrikanten im Falle eines theilweisen Verschuldens des Geschädigten laut Art. 5 lit. b des Haftpflichtgesetzes bloss in billiger Weise reduzirt wird. Nun fällt ein Theil der Schuld jedenfalls auch auf den Beklagten. Dass Häner stets hätte zur Stelle sein sollen, um sich erzeigende Mängel sofort zu beseitigen, wie diess in der Replik behauptet wird, ist zwar eine ganz grundlose Zumuthung, da Häner als Lumpensaalmeister andere Obliegenheiten hatte, welche ihm eine beständige Ueberwachung der Maschinen und speziell des Wolfes unmöglich machten, und in seiner momentanen Abwesenheit zur Zeit des Unfalls kann demnach ein Verschulden nicht erblickt werden. Richtig ist dagegen und wird von Häner selbst bestätigt, dass das Thürchen sich hie und da öffnete. Die Construction des Verschlusses war also eine fehlerhafte und Abhülfe wurde nicht getroffen, so dass es einigermassen begreiflich erscheint, wenn Zeugin zur Vermeidung des eindringenden Staubes und des Geräusches den

Riegel festmachen wollte. Ein direktes diesbezügliches Verbot an die einzelnen Arbeiter scheint nach den betreffenden Zeugenaussagen nicht erlassen worden zu sein und der Umstand, dass Häner selbst öfters das Thürchen schloss und dass ein Schlüssel zu diesem Zwecke auf dem Wolfe lag — involvirt eine Art stillschweigender Autorisation der Arbeiter zur Umgehung des in der Fabrikordnung aufgestellten Verbotes, von sich aus etwas an den Maschinen vorzunehmen. Liegt nach dieser Richtung hin ein Verschulden der Beklagten unzweifelhaft vor, so muss auch der Mangel eines Schutzmittels am Wolfe vor dem fraglichen Unfall, wie solches Art. 2 des Fabrikgesetzes vorschreibt, als ein Verschulden betrachtet werden. Alles, was die Beklagten diesbezüglich zu ihrer Entlastung vorgebracht haben — Zeugin sei nicht vom Wendelbaum, sondern vom Riemen der Welle erfasst worden, welche Behauptung nach Mitgabe der Zeugen auch thatsächlich unrichtig ist, und durch ein Brett vor dem Wendelbaum wäre mithin der Unfall nicht verhütet worden, — der Raum zwischen dem Ende des Wendelbaumes und der Fahrbahn sei von genügender Breite, um eine Schutzvorrichtung entbehrlich zu machen, und trotz einer solchen wäre die Möglichkeit eines Unfalles nicht absolut ausgeschlossen gewesen — ist Angesichts der bestimmten Vorschrift des Gesetzes, wonach für Leben und Gesundheit der Arbeiter alle möglichen Schutzmittel unbedingt angewendet werden sollen, durchaus unerheblich. Aus dem Gesagten folgt, dass vorliegend getheiltes Verschulden im Sinne des Art. 5, lit. b. des Haftpflichtgesetzes anzunehmen ist, wobei allerdings den verunglückten Zeugin die hauptsächliche Schuld am Unfalle trifft.

Mit Bezug auf das Mass des von den Beklagten zu leistenden Schadensersatzes (Art. 6, lit. a des Gesetzes) fällt hier bloss in Betracht der Betrag des Unterhaltes, welcher der Klägerin durch den Tod des Sohnes Zeugin entzogen worden ist. Mit dem Einwand, dass von einem materiellen Schaden überhaupt nicht die Rede sein könne, dürfen die Beklagten mit Rücksicht auf die in Motiv 3 enthaltenen Ausführungen nicht gehört werden. Dagegen erscheint im Hinblick darauf, dass die Maximal-Entschädigung, bestehend im sechsfachen Jahresverdienste, in casu nicht einmal auf Fr 3000 ansteigen würde, dass den Zeugin die Hauptschuld des Unfalles trifft und dass die Erben des Ehemanns Zeugin den Prozess nicht aufgenommen haben, eine Entschädigung von Fr. 800 als hoch genug gegriffen.

97. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Bedeutung der Maximalclausel des Art. 8. Das Princip der proportionalen Reduction ist im Gesetze nicht begründet.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 4. November 1884 i. S. J. Meier c. J. Finsler.

Ueber die Interpretation des Art. 8 enthalten die Motive folgende Ausführung.

Der Beklagte wendet ein, gemäss Art. 6, Satz 2 des Haftpflichtgesetzes könnte der Kläger das dort als Schadenersatz, vorbehältlich der im Satz 4 genannten Kosten, festgesetzte Maximum von Fr. 6000, resp. des sechsfachen Jahresverdienstes des Klägers nur dann fordern, wenn sein Schadensfall der schwerste wäre, d. h. derjenige einer gänzlichen Arbeitsunfähigkeit, verbunden mit ganz ausserordentlichen Kosten des Lebensunterhaltes, jenes Maximum sei daher in dem Verhältnisse zu reduciren, als solche ausserordentliche Kosten für den Kläger nicht erforderlich seien und demselben eine reducirte Arbeitsfähigkeit bleibe. Das Gesetz drückt sich dahin aus, der Richter habe eine Entschädigung festzusetzen, „welche jedoch in den schwersten Fällen jenes Maximum nicht übersteigen solle." Klar ist, dass damit jedenfalls bestimmt werden wollte, dass eine Schadenersatzsumme, welche jenes Maximum übersteigen würde, nie, auch in den schwersten Fällen nicht, gesprochen werden dürfe, dagegen frägt es sich, ob in jenem Wortlaut weiterhin zugleich der weitere und hievon verschiedene Gedanke liege, dass die Entschädigung nur in den schwersten Fällen jenes Maximum erreichen dürfe? Es muss dies verneint werden. Letzterer Grundsatz würde ohne weiteres zur Folge haben müssen, dass in den weniger schweren Fällen eine Reduction des Maximums eintreten müsste und zwar in dem Verhältniss, in dem der entstandene Schaden zu demjenigen des schwersten Falles stehen würde, und ferner hätte dieses Princip der proportionalen Reduction, um überhaupt durchführbar zu werden, zur Aufnahme von Bestimmungen darüber führen müssen, welche Verhältnisse als schwerster Fall gelten sollen und wie dieselben ökonomisch zu schätzen seien, denn beim Fehlen dieses dritten Gliedes der Vergleichung wäre offenbar diese selbst unmöglich. Von all dem ist nun in Art. 6 oder irgend anderswo im Gesetze Nichts gesagt. Die genannte Bestimmung stellt sich aber dar als die Ausnahme und Beschränkung der vorher aufgestellten Regel des vollen Schadenersatzes und muss daher enge interpretirt werden. Endlich zeigt die Entstehungsgeschichte des

Haftpflichtgesetzes, dass man bei jenem Vorbehalt durchaus nicht an etwas Weiteres dachte als an eine Beschränkung der Haftpflicht nach oben, und zwar lediglich in dem Sinne, dass der Fabrikherr vor Forderungen, welche jenes Maximum übersteigen würden, geschützt bleibe. Es ist nicht bekannt, dass der Gedanke einer proportionalen Reduction jenes Maximalansatzes bei weniger schweren Fällen bei den Verhandlungen in den Räthen zum Ausdruck gekommen sei, jedenfalls aber hat derselbe im Gesetz nicht Aufnahme gefunden. Zwar ist nicht zu leugnen, dass dieser Rechtszustand insofern etwas innerlich Unrichtiges und Ungerechtes hat, als es vorkommen kann, dass zwei verschiedenen Klägern, trotzdem der eine derselben viel schwerer verletzt ist als der andere, dennoch die gleiche (maximale) Schadenersatzforderung zugesprochen werden muss; allein der Grund dieser Inkongruenz liegt eben gerade in der Eigenthümlichkeit des Gesetzes, dass dasselbe, was unzweifelhaft feststeht, nach oben abscheidet, und es kann in jenem Missverhältniss also Nichts gefunden werden, was obige Auffassung des Gesetzes als unrichtig erscheinen liesse.

---

98. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 1 und 2. Austreten eines Bruches ist nicht als eine durch Fabrikbetrieb herbeigeführte Körperverletzung zu betrachten.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 30. August 1884 i. S. E. Saurer & Söhne c. Baumann.

Der Appellat Jak. Baumann war bei den Appellanten F. Saurer & Söhne in Arbon als Handlanger vom 3. October bis 22. December 1883 angestellt. Er half wiederholt mit Anderen Maschinentheile von grösserem Gewicht tragen, behauptet, dass er sich bei einer solchen Arbeit einen Leistenbruch zugezogen habe, und verlangt desshalb von den Appellanten, gestützt auf § 2 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb eine Entschädigung von Fr. 3500 unter Vorbehalt des Rechtes der Nachklage.

Die Appellanten bestritten die Klage. Es sei weder wahr noch bewiesen, dass der Appellat sich den Bruch in ihrem Geschäft zugezogen habe. Er sei lediglich als Handlanger bei Maurerarbeit, nicht im Fabrikgeschäft, angestellt gewesen und zum Transport von schweren Maschinenbestandtheilen nur auf sein spezielles Ansuchen zugelassen worden. Der Bruch sei nach dem Physikatsgutachten faktisch schon früher vorhanden gewesen und das Austreten der Eingeweide

in die schon vorhandene Oeffnung des Bauchfells nur das äusserliche Sichtbarwerden des Bruches. Endlich sei eine Schädigung des Appellaten aus der eingeklagten Thatsache nicht eingetreten.

Die erste Instanz sprach dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 800 zu. Das Obergericht wies die Klage gänzlich ab.

Motive: Materiell fragt es sich in erster Linie, ob der Appellat als Angestellter oder Arbeiter in der Fabrik der Appellanten im Sinn des Haftpflichtgesetzes zu betrachten gewesen sei bei der Handlung, durch welche er eine Verletzung davon getragen haben will. Dies ist zu bejahen, da in dem Tragen von Maschinentheilen von einem Montirungssaal in den anderen eine Arbeit liegt, welche zum Fabrikbetrieb gehört. Es ist auch nicht bestritten, dass Appellat der Krankenkasse des Etablissements beigetreten ist.

In zweiter Linie ist zu untersuchen, ob nachgewiesen sei, dass Appellat die Verletzung bei der Arbeit in der Fabrik erhielt. Nach dem ärztlichen Gutachten, dessen Richtigkeit nicht angefochten wird, kann ein Bruch nur dann äusserlich hervortreten, austreten, wenn bei dem betreffenden Individuum hiefür eine Disposition vorhanden ist, bereits eine Oeffnung des Bauchfells. Appellat behauptet nun allerdings, es sei der Bruch ausgetreten, als er mit einigen anderen Arbeitern einen schweren Bestandtheil einer Stickmaschine trug. Allein er hat damals nichts davon gesagt, so dass die Richtigkeit nicht konstatirt werden konnte; aus seiner eigenen Darstellung geht hervor, dass er selbst von keinem Austritt wusste, der zuerst zugezogene Arzt Rheumatismus für die Ursache der Krankheit hielt und erst später Bruchleiden erkannte. Es sind verschiedene Möglichkeiten für das Austreten des Bruches gegeben und ist nicht sicher, dass es gerade bei der Arbeit in der Fabrik erfolgt sei. Somit ist die zweite appellantische Einrede begründet.

Es könnte aber auch das Austreten des Bruches überhaupt nicht als Körperverletzung betrachtet werden, welche durch den Betrieb der Fabrik entstanden wäre und für welche demnach der Betriebsunternehmer haften würde. (§§ 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.) Gerade nach dem Gutachten des Arztes ist die prinzipale Ursache des Uebels eine angeborne, diese kann folglich nicht durch den Fabrikbetrieb herbeigeführt werden. Die sekundäre Ursache des Austretens eines Bruches kann nun allerdings, wie in jeder Arbeitsleistung oder jedem ungünstigen Zusammentreffen von Umständen auch in der Arbeit

in einer Fabrik liegen, dieselbe steht aber mit der besonderen Gefährlichkeit des Fabrikbetriebs in gar keiner Beziehung und kann desshalb nicht in der Fabrikarbeit gesucht werden. Es trifft somit das Requisit nicht zu, dass die Verletzung, wenn man überhaupt von einer solchen reden kann, durch den Fabrikbetrieb entstanden sei. Es handelt sich vielmehr um einen nicht in der Fabrikarbeit, sondern in der Körperbeschaffenheit des Arbeiters begründeten unglücklichen Zufall.

---

99. *Bundesgesetz über Civilstand und Ehe. Art. 26 und 50. Nichtigerklärung einer Ehe wegen Betrugs.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts (Abtheilung für Ehe- und Waisensachen) vom 4. Juni 1884.

Motive: Der Beweis, dass sich Beklagte bei Abschluss der Ehe von einem Andern als dem Kläger schwanger befand, ist als erbracht anzusehen. Das dem Kläger abgelegte Geständniss würde hiezu allerdings nicht genügen. Allein sie hat es vor einem Zeugen ausdrücklich wiederholt und vor zwei Andern nicht bestritten und zwar unter Umständen, wo sie allen Anlass zu einer Bestreitung gehabt hätte, wenn der ihr gemachte Vorwurf unbegründet gewesen wäre. Mit diesem Geständniss stimmt aber auch das sehr bestimmt abgegebene Gutachten von Dr. B., dass das Kind nicht Mitte Mai erzeugt sein könne, sondern früher erzeugt sein müsse. Da nun der nächste geschlechtliche Umgang vor dem 14. Mai schon am 1. Januar stattgefunden hat, somit hier nicht in Betracht fallen kann, muss das Kind nothwendig von einem Andern erzeugt worden sein.

Gegen diesen Beweis können die Bescheinigung des Dr. G. in Freiburg i./B., der die Beklagte zu einer Zeit untersuchte, wo sich die Dauer der Schwangerschaft nicht mit derselben Gewissheit feststellen lässt, wie durch eine Untersuchung des Kindes nach der Geburt, sowie die Bescheinigung des Leichenschauers, der das Kind nur todt sah und keine wissenschaftlich gebildete Person ist, nicht in Betracht fallen. Es fragt sich daher nur noch, ob dieser Thatbestand die Anwendung des Art. 50 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe rechtfertige.

Die Ansicht des Klägers, dass ein Fall von Irrthum vorliege, wie ihn der cit. Artikel verlange, ist unrichtig. Der Art. 50 verlangt einen „Irrthum in der Person" und weicht darin von andern Gesetzgebungen (s. z. B. priv. G.-B. von Zürich § 119) ab, welche nur einen „wesentlichen Irrthum" verlangen, beschränkt daher die Nichtigerklärung der Ehe

nur auf die Fälle von Irrthum, welche die Person selbst, d. h. ihre Identität, nicht gewisse Eigenschaften derselben, betreffen.

Dagegen liegt hier allerdings ein Fall von Betrug im Sinne des Art. 50 vor.

Wenn das Gesetz den Betrug neben dem Irrthum in der Person als Nichtigkeitsgrund aufstellt, so will es mit diesem Ausdruck offenbar nicht nur die Fälle in's Auge fassen, wo durch Betrug ein Irrthum in der Person erzeugt wird, denn letzterer bewirkt ja überhaupt die Nichtigkeit, mag er durch Betrug oder auf andere Weise erzeugt sein, sondern es will offenbar die Klage auf Nichtigkeitserklärung auch dann zulassen, wenn der zur Eingehung der Ehe nothwendige Consens der Parteien durch Vorspiegelung falscher, oder Unterdrückung wahrer Thatsachen herbeigeführt worden ist, die für die Ehe von so wesentlicher Bedeutung sind, dass angenommen werden muss, der Consens wäre nicht erreicht worden, wenn die wirklichen Thatsachen bekannt gewesen wären.

Als eine solche Thatsache ist nun im vorliegenden Fall die durch einen Dritten geschehene Schwängerung der Frau aufzufassen. — Es ergiebt sich aus der eingelegten Correspondenz der Parteien, dass die Mittheilung der Beklagten, sie sei von ihm schwanger, den Kläger zum Abschluss der Ehe veranlasst hat, und darin, dass die Beklagte dem Kläger diese Mittheilung machte, während sie doch wissen musste, dass ihre Schwangerschaft aus dem Umgang mit einem Andern herrühren konnte, ist ein betrügliches Verhalten derselben zu erblicken. Die Ehe ist daher gemäss Art. 26 und 50 des Bundesgesetzes nichtig zu erklären.

---

100. *Bundesgesetz über Civilstand und Ehe. Art. 56. Gegenüber dem Königreich Preussen ist der in Art. 56 verlangte Nachweis, dass dieser Staat ein von einem schweizerischen Gericht erlassenes Scheidungs- oder Ehenichtigkeitsurtheil anerkenne, nicht erhältlich.*

Zürich. Beschluss der Appellationskammer vom 20. September 1884, i. S. Amalie Sturm geb. Bieland c. Joseph Sturm.

Frau Amalie Sturm geb. Bieland, von Köln, Rheinpreussen, wohnhaft in Zürich, erhob gegen ihren unbekannt wo abwesenden Ehemann Joseph Sturm die Ehescheidungsklage beim Bezirksgericht Winterthur, als dem Gericht des letzten bekannten schweizerischen Aufenthaltsortes des Beklagten. Das Bezirksgericht verweigerte die Anhandnahme dieser Klage und der Rekurs hiegegen wurde abgewiesen.

Motive: Die Begründung des erstinstanzlichen Beschlusses ist unzweifelhaft darin richtig, dass im vorliegenden Fall den Erfordernissen von Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe nicht Genüge geleistet ist. Rekurrentin hat ein Reskript des preussischen Staatsministeriums der Justiz zu den Akten gebracht, wornach in Preussen keine Behörde existirt, welche die geforderte Erklärung in bindender Form abgeben könnte, und die gutachtlichen Aeusserungen einer Mehrzahl von Appellationsgerichten vermögen diese Erklärung um so weniger zu ersetzen, als es eben nur eine Mehrzahl der Gerichte zu sein scheint, welche die Ansicht der Vollstreckbarkeit ausländischer Scheidungsurtheile vertritt. — Das Gericht hat in einem frühern Falle auch die Frage, ob nicht die Bestimmungen der deutschen Reichscivilprozessordnung die Urtheilsvollstreckung zweifellos zusichern, untersucht und verneint. Es ergibt sich aus dieser Anschauung allerdings der Uebelstand, dass Angehörige des deutschen Reiches, während sie in der Schweiz ansässig sind, nicht zur Scheidung gelangen können, und es ist auch dieser Umstand in den Verhandlungen über einen Staatsvertrag mit dem deutschen Reiche betreffend gegenseitige Urtheilsvollstreckung ausdrücklich namhaft gemacht worden, ohne dass die deutsche Reichsregierung daran Veranlassung genommen hätte, den Abschluss des Staatsvertrages durch Entgegenkommen in anderer Richtung zu ermöglichen (Bundesblatt 1883, Bd. II., S. 835 ff.).

---

101. *Loi fédérale sur l'état civil et le mariage. Art. 44, 47, 49. Dans un procès en divorce les parties ne doivent pas se borner à des allégués vagues et généraux, mais elles doivent articuler d'une manière précise et concrète les faits sur lesquels elles basent leurs conclusions.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 11 juin 1884 dans la cause des époux B.

Ensuite d'une demande formée par le mari, le Tribunal du District de Vevey a prononcé le divorce des époux B. en vertu des art. 45 et 47 de la loi fédérale de 1874 sur l'état civil et le mariage. Fondé sur l'art. 49 de la même loi, il a en outre décidé que l'enfant issue du mariage sera attribuée à sa mère, tant que celle-ci ne sera pas remariée.

Dame B. ayant recouru contre le dispositif relatif à la garde et à l'entretien de l'enfant, le Tribunal cantonal a renvoyé la cause au Tribunal de Vevey pour être instruite et jugée à nouveau en son entier après que les parties auront allégué des faits spéciaux et concrets.

Motifs: Considérant que, dans leurs écritures, les parties se sont bornées à articuler, à l'appui de leurs conclusions respectives, des faits vagues et généraux, ou même à formuler de simples appréciations; que, de son côté, le Tribunal civil a prononcé le divorce en ne se fondant que sur des solutions de fait tout à fait générales.

Considérant qu'un tel mode de procéder n'est point conforme à l'esprit de la loi, ni à l'intention du législateur, surtout en une matière telle que celle du divorce, où l'ordre public est intéressé dans une certaine mesure.

Considérant que, par circulaire du 24 juin 1881, le Tribunal cantonal a rappelé aux tribunaux de district, ainsi qu'aux avocats du canton, que les parties en cause, notamment dans les procès en divorce, doivent préciser les faits sur lesquels elles basent leurs conclusions, cela, au moyen d'allégués spéciaux et concrets.

Considérant que le Tribunal cantonal doit veiller à ce que ces directions soient strictement observées, d'autant plus que l'art. 30 de la loi du 27 juin 1874, sur l'organisation judiciaire fédérale, dispose à son § 4 (suit le texte de cet alinéa).

Considérant que, dans le cas actuel, il résulte de la procédure suivie par les parties que le Tribunal cantonal n'a absolument pas les éléments nécessaires pour pouvoir statuer avec connaissance de cause, ni sur le divorce lui-même, ni sur la question qui lui est soumise aujourd'hui, savoir à qui l'enfant B. doit être confié et lequel des époux devra supporter les frais de son entretien et de son éducation (loi fédérale du 24 décembre 1874, art. 49, et Code civil vaudois, art. 156, §§ 4 et 5).

Qu'en effet, en l'état actuel d'instruction du procès, on ne voit pas ce que commande „le plus grand avantage" de cette enfant, puisque le dossier ne montre point de quel côté sont les torts, ni quelle est la nature de ceux-ci.

---

102. *Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Interdiction. Art. 10 et 11.*

Valais. Arrêt de la Cour d'appel et de cassation du 5 novembre 1884 dans la cause d'Anne Louise Angélier.

Par jugement du 28 juillet 1884 le tribunal du 4me arrondissement avait maintenu l'interdiction de la femme Anne Louise Angélier prononcée, pour cause de prodigalité, par la chambre pupillaire d'Orsières et publiée dans le bulletin officiel. Ensuite de recours la Cour d'appel et de cassation a réformé ce jugement.

Motifs: Oui les conclusions du ministère public, dans le sens de la validité et du maintien de l'interdiction;

Vu l'acte de mariage des conjoints Angélier, contracté à Verviers, le 23 juillet 1879;

Vu la déclaration, en date du 26 août 1881, du consulat de France à Genève que les dits et leur enfant sont inscrits sur le registre des Français résidant en Suisse, sous la protection des traîtés;

Vu l'art. 3 du code civil français, l'art. 2 du code du Valais et l'art. 10 de la loi fédérale sur la capacité civile, statuant que l'état et la capacité des personnes sont réglés par les lois du pays auquel elles appartiennent;

Vu les art. 10 et 11 de la convention du 15 juin 1869 entre la Suisse et la France;

Attendu qu'il est loin d'être démontré que les époux Angélier aient à Orsières un domicile définitif sans esprit de retour dans leur pays d'origine;

Attendu que si l'art. 10 de la convention réserve les mesures conservatoires à prendre par le juge de la résidence, cette disposition ne saurait en aucune manière légitimer une mesure restreignant les droits civils de la femme et du mari, et dont les effets sont permanents.

---

**103.** ***Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. Hat derselbe in Elsass-Lothringen seit der Abtretung noch Gesetzeskraft? — Vollstreckung zürcherischer Urtheile in Deutschland und deutscher Urtheile in Zürich. Die Verbürgung der Gegenseitigkeit, welche nach § 661 Ziff. 5 der deutschen C.-P.-O. ein Erforderniss der Vollstreckung ausländischer Urtheile im deutschen Reiche bildet, ist durch die zürcherische Gesetzgebung und Judicatur hergestellt.***

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichts vom 9. Januar 1885 in Sachen Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft in Winterthur c. Victor Zürcher & Cons.

..... Die Beklagten N° 1, 2 und 4—12 haben ihr Domizil in dem nunmehr zum deutschen Reiche gehörenden Gebiet von Elsass-Lothringen. Zwischen dem deutschen Reiche und der Schweiz besteht nun zwar kein Staatsvertrag, wodurch gegenseitig die Execution der von den Gerichten beider Staaten innerhalb ihrer Competenz erlassenen Civilurtheile zugesichert wäre. Dagegen kommt in Frage, ob für das Gebiet von Elsass-Lothringen diesfalls nicht der zwischen der Schweiz und Frankreich abgeschlossene, obenerwähnte Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 in Kraft sei. In dieser Hinsicht ist nun von grösster Bedeutung, dass das zweitinstanzliche Gericht des Wohnsitzes dieser Beklagten, das

Landgericht Mülhausen, in einem von der Klägerin vorgelegten Urtheil vom 21. November 1883 in Sachen gegenwärtiger Klägerin gegen Victor Zürcher in Mülhausen dahin entschieden hat, es bestehe jener Staatsvertrag für Elsass-Lothringen heute noch zu Recht.[1]) Der genannte Gerichtshof erklärt demgemäss, dass Civilurtheile schweizerischer Gerichte in Elsass-Lothringen vollzogen werden, — allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Rechtshülfevertrag mit Frank-

[1]) Das Landgericht Mülhausen stützte seine Ansicht auf folgende Erwägungen: Der Einwand, dass Klägerin, falls die Unzuständigkeit der hiesigen Stelle ausgesprochen würde, dem Beklagten gegenüber rechtlos gestellt wäre, ist nicht gerechtfertigt. Wenn Klägerin bei dem Zürcherischen Handelsgerichte gegen Beklagten ein Urtheil erwirkt, so wird dieses Urtheil in Elsass-Lothringen in Gemässheit der Art. 15—19 des französisch-schweizerischen Rechtshülfevertrags vom 15. Juni 1869 vollstreckt werden. Dieser Vertrag besteht heute noch zwischen Elsass-Lothringen und der Schweiz zu Recht, jedenfalls insoweit durch ihn privatrechtliche Beziehungen resp. Bestimmungen darüber getroffen wurden, wie dieselben von den gerichtlichen Behörden zu behandeln sind. Die Lostrennung Elsass-Lothringens von Frankreich und dessen Vereinigung mit dem deutschen Reiche hat die Giltigkeit dieses Vertrages zwischen der Schweiz und den an Deutschland abgetretenen Gebietstheilen Frankreichs insoweit nicht aufgehoben. Derselbe ist von dem Staatsoberhaupte Frankreichs am 19. October 1869 in rechtsgültiger Form innerhalb der Grenzen seiner verfassungsmässigen Befugnisse publicirt worden und hatte vor 1870 in Frankreich Gesetzeskraft. Gerade wie die übrigen Gesetze und verfassungsmässig erlassenen Decrete Frankreichs nach der Annexion an Deutschland in Elsass-Lothringen als fortbestehend anerkannt werden, ebenso muss auch der durch vollgültige Publication mit Gesetzeskraft ausgestattete Rechtshülfevertrag zwischen Frankreich und der Schweiz als zwischen Elsass-Lothringen und der Schweiz noch in Kraft stehend gelten. Seit 1871 ist er durch keinen Act der Staatsgewalt in Elsass-Lothringen ausser Kraft gesetzt worden. Auch ist keine officielle Kundgebung erfolgt, nach welcher angenommen werden muss, dass der Vertrag von Seiten der competenten Staatsgewalt in einem oder dem anderen Staatsgebiete nicht als fortbestehend anerkannt wird. Für den Richter kann daher nur das für das diesseitige Landesgebiet in gehöriger Form publicirte Decret massgebend sein. — Wenn jedoch nachgewiesen würde, dass der erwähnte Staatsvertrag gegenüber Urtheilen aus den von Frankreich abgetretenen Gebietstheilen — Elsass-Lothringen — thatsächlich von den Schweizerischen Gerichten nicht zur Anwendung gebracht wird, dass also in der Schweiz Elsass-Lothringische Urtheile in Wirklichkeit nicht vollstreckt werden, so würde im Wege der Retorsion ein Gleiches in Elsass-Lothringen gegenüber Schweizerischen Urtheilen eintreten müssen; denn alsdann würde die in § 661 N° 5 C.-P.-O. verlangte Voraussetzung für die Vollstreckbarkeitserklärung ausländischer Urtheile der Schweiz gegenüber nicht gegeben sein. Dem Gerichte ist jedoch von einer solchen Praxis der Schweizerischen und speciell der Zürcherischen Gerichte nichts bekannt. Auch hat Klägerin in dieser Richtung nichts vorgebracht, was jene Retorsion rechtfertigen könnte.

Damit erledigt sich der Einwand der Klägerin, dass ihr eine wirksame Rechtsverfolgung gegen den Beklagten unmöglich wäre, falls das hiesige Gericht sich für unzuständig erklären würde. . . . . .

reich auch von den schweizerischen Gerichten auf Civilurtheile aus Elsass-Lothringen angewendet werde. — Nun kann es in der That Zweifeln unterliegen, ob der Rechtshülfevertrag mit Frankreich vom Jahre 1869 von den schweizerischen Gerichten als auch gegenwärtig noch für das Territorium Elsass-Lothringen massgebend betrachtet werde; dagegen ist jedenfalls die vorausgesetzte Reziprozität vorhanden, d. h. die in § 661 Abs. 2 Ziffer 5 der deutschen Civilprocessordnung verlangte Verbürgung der Gegenseitigkeit. Die diesfalls für den Kanton Zürich massgebende Bestimmung ist enthalten im Gesetze betreffend die Rechtspflege § 752 Abs. 2 lautend: „Urtheilen aus Staaten, mit welchen keine Staatsverträge bestehen, kann zwar der hierseitige Richter nach freier Würdigung aller Verhältnisse die Vollziehung gewähren, unter allen Umständen aber nur dann, wenn das fragliche Urtheil unzweifelhaft rechtskräftig und von einem Richter ausgefällt ist, welcher an sich kompetent war und dessen Kompetenz auch nicht durch die hiesige Gesetzgebung ausgeschlossen wird." Die beiden letztgenannten Erfordernisse, einerseits Rechtskraft des Urtheils und anderseits Kompetenz des urtheilenden Richters, nach dem für ihn massgebenden und dem diesseitigen Gesetz, sind hiernach für das zu vollziehende ausländische Urtheil absolut nothwendig. Im Weiteren ist es nach dem Wortlaut des cit. § beim Vorliegen dieser Erfordernisse lediglich ins richterliche Ermessen gelegt, die Execution zu gewähren, oder aber auch zu verweigern. In der Offenhaltung der „freien Würdigung aller Verhältnisse" kann indess vernünftiger Weise und nach dem Standpunkte der Zürcherischen Gesetzgebung im Allgemeinen, sowie im Besonderen bezüglich der Anwendung fremden materiellen Rechts, welcher ein durchaus liberaler ist, nur der Hinweis auf die durch das internationale Privatrecht für die Vollziehung rechtskräftiger Civilurtheile ausgebildeten Grundsätze erblickt werden, soweit wenigstens solche in die allgemeine Rechtsüberzeugung übergegangen sind. Es soll durch jenen Vorbehalt lediglich der Eventualität vorgebeugt werden, dass der Richter gezwungen wäre, fremden Urtheilen auch dann die Vollziehung zu gewähren, wenn dadurch das Rechtsbewusstsein offenbar verletzt würde. Hiebei ist wohl zunächst an den Fall zu denken, wenn die Gerichte des in Frage stehenden ausländischen Staates die diesseitigen Urtheile grundsätzlich nicht vollziehen, also bei Mangel der Reciprocität in diesem mehr negativen Sinn (Entscheid der Rekurskammer des zürcherischen Obergerichts vom 28.

Januar 1881, Rechenschaftsbericht pro 1881, Präjudiz N° 5). Im Weitern wird es im Sinne des Gesetzes liegen, die Vollstreckung solchen Urtheilen zu verweigern, welche ihrem Inhalte nach das Rechtsbewusstsein offenbar verletzen würden und zwar etwa in folgenden Fällen: Wenn das Urtheil der öffentlichen Ordnung oder dem öffentlichen Rechte diesseitigen Kantons oder gar der Sittlichkeit widersprechen würde, so dass der durch das Urtheil festgestellte Anspruch an sich unzulässig wäre; sodann aber auch, wenn das Urtheil offenbar ganz ungerecht, d. h. bezüglich der Anwendung des für das urtheilende Gericht geltenden formalen und materiellen Rechtes ganz offenbar unrichtig wäre, so dass es den Namen eines Urtheiles nicht mehr verdienen würde, so z. B. bei augenfällig actenwidrigen thatsächlichen Annahmen, offensichtlichem Widerspruch mit klarem Recht, Verweigerung des rechtlichen Gehörs in wesentlicher Beziehung und in auffälliger Weise. Speciell die Frage, ob Versäumnissurtheile (solche in contumaciam) die Vollziehung beanspruchen können, wurde in einem Entscheide der Appellationskammer des Obergerichts vom 18. December 1877 bejaht. (Rechenschaftsbericht pro 1877 N° 53.) Das Gesagte lässt sich dahin zusammenfassen, dass nach zürcherischem Rechte, vorbehältlich allfällig die Reciprocität, die Zwangsvollstreckung den Urtheilen von Gerichten ausländischer Staaten zu gewähren ist, wenn diese Staaten die formellen und materiellen Requisite eines gehörigen Rechtsganges erfüllen, d. h. eine ordentliche Justiz besitzen — ohne dass der Richter berechtigt wäre, die Urtheile einer Nachprüfung mit Bezug auf ihre materielle Richtigkeit zu unterwerfen. Dass jenes Erforderniss bei den Gerichten des deutschen Reiches in vollem Masse vorhanden sei, ist nun von den Gerichtsstellen diesseitigen Kantons nie bezweifelt worden, und es kann diesfalls angeführt werden, dass das zürch. Obergericht in neuester Zeit unterm 18. December 1884 in der Lage war, dem grossh. bad. Oberlandesgericht zu Karlsruhe zu erklären, dass nach diesseitiger Praxis den Civilurtheilen der Gerichte des deutschen Reiches unbeanstandet die Zwangsvollstreckung gewährt werde. — Nach diesen Ausführungen ist auch für den Fall, als die Verbindlichkeit des Staatsvertrages mit Frankreich für Elsass-Lothringen in Zweifel gezogen werden sollte, die Voraussetzung der Reciprocität gegeben, welche gemäss § 661 Ziff. 5 der deutschen Civilprozessordnung Erforderniss der Vollziehung eines diesseitigen, vom kompetenten Richter erlassenen Urtheils ist. Bezüglich

der übrigen in genannter Gesetzesstelle für die Execution aufgestellten Requisite ist noch zu bemerken: Zu Ziff. 1. Das zu erlassende Urtheil ist mit der Publication durch mündliche Eröffnung an die erschienenen Parteien rechtskräftig, da das Handelsgericht nach der zürch. Prozessgesetzgebung erst- und letztinstanzlich entscheidet und gegen dessen Urtheile ordentliche Rechtsmittel nicht zulässig sind. — Bezüglich Ziff. 4 ist endlich darauf zu verweisen, dass den Beklagten sowohl der Beschluss vom 13. October 1884 als auch die Vorladungen jeweils „durch Gewährung der Rechtshülfe im deutschen Reich" zugestellt wurden.

---

104. *Ausserkantonales Konkursrecht. Geltendmachung eines im Kanton Thurgau erlangten Glückscheins gegen den nachher in den Kanton St. Gallen übergesiedelten Falliten.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichtes vom 11. März 1884.

A. Sch. ist im Kanton Thurgau in Konkurs gefallen und seither nach St. Gallen gezogen. Er wird hier von C. Sch. für vier Forderungen von Fr. 444, Fr. 800, Fr. 1019 und Fr. 10,000 gerichtlich belangt. C. Sch. hat diese 4 Forderungsposten im Thurgauerkonkurs angemeldet, ist auch für alle kollozirt worden, hat aber, da er keine Befriedigung in der Konkursmasse gefunden, für alle vier Beträge Glückscheine verlangt und für die drei kleinern Posten auch schon erhalten, wogegen er für die Fr. 10,000 den Glückschein selbst noch nicht besitzt, wohl aber die Bescheinigung, dass er auch hiefür kollozirt worden sei und den Glückschein angemeldet habe. C. Sch. stützt seine Klage auf Glückscheine, welche nach thurgauischem Konkursgesetz (Art. 128) ein liquides Forderungsrecht sowohl für die geltend gemachte Ansprache als für die bis zur Tilgung derselben aufgelaufenen Zinse begründen.

A. Sch. bestreitet die Zahlungspflicht, hauptsächlich gestützt auf Art. 92—95 des St. Gallischen Konkursgesetzes, indem er seit dem Konkurs mit Ausnahme eines kleinen Erbanfalles von Fr. 350 kein Vermögen erworben habe und zur Zeit überhaupt kein solches besitze. — Die erste Instanz hat den Kläger abgewiesen, in Erwägung: Kläger habe sich zwar durch seine Glückscheine über eine Forderung von Fr. 2263 ausgewiesen; durch den Glückschein werde nach Konkursgesetz eine liquide Schuldansprache begründet; Kläger besitze allerdings Kraft seiner Glückscheine ein Nachforderungsrecht, aber nur soweit Beklagter wirklich wieder eigenes und entbehrliches Vermögen erworben habe. Nun habe Kläger nicht bewiesen, dass Beklagter seit dem Konkurs zu Ver-

mögen gekommen sei und dass diesem nach Befriedigung des Klägers ein Ueberschuss verbleiben würde, den er zum nöthigsten Lebensunterhalt nicht unumgänglich bedürfe. Zudem besitze der Kläger für die Fr. 10,000 nicht einmal einen Glückschein. Die erste Instanz hat also für die Beurtheilung der thurgauischen Glückscheinforderung das St. Gallische Konkursgesetz (Tit. IX, Von den Glückscheinen) zur Richtschnur genommen. — Das Kantonsgericht hat dagegen gefunden, dass das thurgauische Konkursgesetz massgebend sei für die rechtliche Gültigkeit, Bedeutung und Wirkung eines thurgauischen Glückscheines. In wesentlicher Abweichung vom St. Gallischen Konkursgesetz bestimmt das thurgauische Konkursgesetz im Art. 125: „Jeder Gläubiger, der für seine Ansprache weder durch Baarschaft noch durch Anweisung vollständig aus der Masse befriedigt wird, kann für seine Forderung die Aushingabe eines Glückscheines verlangen und sich dadurch unter Verzichtleistung auf den Eintritt in die Liquidation der Masse die Gläubigerrechte auf das dem Schuldner künftig anfallende Vermögen nach Massgabe dieses Titels vorbehalten." Der Schlusssatz dieses Art. 125 hat nicht die Bedeutung (wie die Art. 92, 93 und 95 des St. Gallischen Konkursgesetzes), dass die Glückscheinsgläubiger mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche warten müssen, bis der Schuldner durch irgend einen Zufall in den Besitz von Vermögensobjekten gelangt. Dieser Schlusssatz betont lediglich den Gegensatz zwischen der Liquidation der Forderung in der Konkursmasse ohne spätere Nachforderung gegen den Schuldner einerseits und der Verzichtleistung auf die Befriedigung aus der Konkursmasse mit dem Vorbehalt, die Forderung nachher gegen den Schuldner von Neuem geltend zu machen, anderseits. (Siehe die grundsätzlichen Entscheidungen des thurg. Obergerichtes vom 31. August 1877.) Der Art. 128 des thurgauischen Konkursgesetzes lautet: „Der Glückschein begründet ein liquides Forderungsrecht sowohl für die geltend gemachte Ansprache als für die bis zur Tilgung derselben auflaufenden Zinse." Dieses Forderungsrecht ist also ein unbedingtes und nicht an die in Art. 92, 93 des St. Gallischen Konkursgesetzes aufgestellten Voraussetzungen geknüpft. Demgemäss hat das Kantonsgericht den Kläger bei seinen drei Glückscheinsforderungen von Fr. 444, Fr. 800 und Fr. 1019 geschützt, dagegen mit dem vierten Betrag von Fr. 10,000, für welchen er noch keinen Glückschein vorweisen konnte, aus diesem Grunde zur Zeit abgewiesen.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts

(und des Bundesraths).

---

105. *Art. 55 O.-R. Enthält jede Ehrbeleidigung eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse im Sinne dieser Gesetzesbestimmung?*

Der Richter Ch. hatte den Advocaten G. „Savoyard, fou, voyou" genannt, weil letzterer als Vertheidiger der Frau R. behauptet hatte, der Richter Ch. habe beim Verhör der Frau R. seine Meinung über den Fall zum Voraus ausgesprochen. G. verzichtete auf Anhebung einer Strafklage, strengte dagegen vor den Civilgerichten eine Schadensersatzklage auf Bezahlung von Fr. 10,000 gegen Ch. an, gestützt auf Art. 55 O.-R. Allein das Bundesgericht, an welches die Streitigkeit auf dem Wege der Weiterziehung nach Massgabe des Art. 29 Organis. Ges. gelangte, erklärte in Uebereinstimmung mit den cantonalen Gerichten jene Bestimmung für unanwendbar, „weil blosse wörtliche Beschimpfungen, welche in auf„geregtem Zustande und auf erfolgte Anreizung hin gegen „Jemanden ausgestossen worden seien, keine ernstliche Ver„letzung der persönlichen Verhältnisse im Sinne des Art. 55 O.-R. „enthalten." (Entsch. v. 21. März 1885 i. S. Grivet c. Chollet; a. S. d. b.-g. E., XI. 85.)

---

106. *Art. 55 O.-R. Können Vermögensmassen, welche als selbstständige juristische Personen, Anstalten, constituiert sind, im Falle von Creditgefährdung nicht bloss Ersatz der für ihre Vermögenslage verursachten Nachtheile, sondern, gestützt auf Art. 55 O.-R., auch Zusprechung einer angemessenen Geldsumme wegen ernstlicher Verletzung ihrer persönlichen Verhältnisse verlangen?*

Die zürch. Cantonalbank ist eine durch besonderes Gesetz gegründete Anstalt, für deren Verbindlichkeiten zwar der Staat subsidiär haftet, die aber als selbstständig constituierte Vermögensmasse das Recht der Persönlichkeit besitzt. Der Beklagte W. hatte in mehrern Zeitungsartikeln deren Geschäftsbericht pro 1883 ungünstig besprochen und dabei die Bank-

verwaltung in einer, wie alle Instanzen übereinstimmend annehmen, wenn nicht dolosen doch höchst leichtfertigen Weise angegriffen. Die Cantonalbank erhob deshalb gegen W. Klage auf Bezahlung einer Summe von Fr. 5000, welche sie auf Art. 55 O.-R. stützte, indem sie geltend machte: durch die Zeitungsartikel des Beklagten sei der Credit der Bank vorübergehend erschüttert worden, indem nach Erscheinen derselben während 3 Tagen Sparcassenguthaben in erheblichem Betrage zurückgezogen worden seien und auch sonst im Publicum eine Beunruhigung bezüglich der Verhältnisse der Cantonalbank eingetreten sei. Dabei erklärte die Klägerin, dass „da ihr der Nachweis eines Vermögensschadens mit Rücksicht auf die jetzigen Geldverhältnisse nicht wohl möglich sei, sie die Klage nicht auf Art. 50 und 51, sondern auf Art. 55 O.-R. stütze, indem letztere Gesetzesbestimmung sich auf alle Klagen beziehe, welche einen moralischen Schaden einer physischen oder juristischen Person betreffen." Der Beklagte behaftete die Klägerin dabei, dass ihr ein Vermögensschaden nicht entstanden sei, bestritt dagegen, dass er widerrechtlich gehandelt habe, ev. dass die Klägerin als juristische Person sich auf Art. 55 O.-R. berufen könne. Die erste Instanz wies die Klage ab; sie stellte fest, dass der Klägerin ein Vermögensschaden nicht erwachsen sei, und verneinte die Frage, ob juristische Personen gemäss Art. 55 O.-R. auf Genugthuung klagen können, indem diese Gesetzesbestimmung nur immaterielle Lebensgüter gegen ernstliche Verletzungen schütze, die Klägerin aber als juristische Person, welche nur durch ihren Vermögenszweck ein Dasein habe, eine Kränkung immaterieller Lebensgüter weder fühlen noch erfahren könne. Die zweite Instanz dagegen hiess die Klage im Betrage von Fr. 500 gut[1]) und das Bundesgericht bestätigte[2]) dieses Urtheil, indem es sich bezüglich der Frage, „ob auch juristische Personen, „insbesondere solche, deren Substrat nicht eine Personen„vereinigung, sondern lediglich ein Vermögenscomplex bilde, „in persönlichen Verhältnissen verletzt werden können und „ihnen daher gemäss Art. 55 O.-R. vom Richter auch ohne „Nachweis eines Vermögensschadens eine angemessene Geld„summe als Genugthuung zugesprochen werden könne", folgendermassen aussprach:

[1]) Das zweitinstanzliche Urtheil ist abgedruckt in den „Schweizer Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen, N° 5 vom 15. März 1885, S. 65 ff.

[2]) Mit 4 gegen 3 Stimmen, welch' letztere das erstinstanzliche Urtheil wieder herstellen wollten.

Die Frage ist zweifelhaft und auch, soviel hierorts ersichtlich, bisher weder in der Doctrin noch in der Praxis entschieden worden. Ueberwiegende Gründe scheinen indess für deren Bejahung zu sprechen. Auf eine Ehrverletzung zwar könnte gewiss eine juristische Person, jedenfalls eine Anstalt wie das klägerische Institut, hinter dem kein Personenverein, sondern bloss ein bestimmtes Gründungscapital steht, eine Genugthuungsklage nach Art. 55 O.-R. nicht stützen; denn eine juristische Person dieser Art kann als solche nicht Gegenstand moralischer Herabwürdigung sein und ist daher nicht beleidigungsfähig. Allein der Thatbestand des Art. 55 O.-R. fällt nun mit demjenigen der Ehrverletzung nicht zusammen, sondern ist ein viel weiterer. Art. 55 O.-R. will nicht nur die Ehre, sondern auch andere unkörperliche Güter vor ernstlicher Verletzung schützen, wie sich aus dem allgemeinen Wortlaute desselben („persönliche Verhältnisse") ergiebt. Dabei ist freilich gewiss zunächst an physische Personen, welche moralische Leiden empfinden können, und an deren Verhältnisse gedacht worden, wie dies auch aus dem in der Botschaft des Bundesrathes zur Verdeutlichung des Art 55 gebrauchten Beispiele (betrügliche Verleitung eines unbescholtenen Mädchens zum Verlöbnisse mit einem verheiratheten Manne) hervorgeht; den physischen Personen in erster Linie sollte für erlittene persönliche Unbill ein Aequivalent, eine Genugthuung in Form einer angemessenen Geldsumme zuerkannt werden können. Allein daraus folgt doch nicht, dass der Schutz des Art. 55 nicht auch für solche Güter angerufen werden könne, welche juristischen Personen ebensowohl wie physischen zustehen können. Insbesondere liegt kein Grund vor, diesen Schutz nicht auch auf Schädigungen der Gefährdungen des Credits, des Vertrauens in die öconomische Leistungsfähigkeit der Person — mag nun diese eine physische oder eine juristische sein — zu beziehen. Allerdings kann durch eine Creditschädigung einer juristischen Person nicht wie einer physischen neben dem öconomischen, zweifellos soweit nachweislich nach Art. 50 O.-R. zu ersetzenden, Schaden auch noch, durch Störung menschlich-persönlicher Beziehungen, durch Verminderung von Ehre und Ansehen u. s. w., ein moralisches Leiden verursacht werden. Allein andererseits ist nicht zu verkennen, dass eine, insbesondere zum Zwecke des Gewerbebetriebes bestehende, juristische Person durch widerrechtliche Gefährdung ihres Credites in ihrer berechtigten Stellung als Person, in ihrer gesammten wirthschaftlichen Existenz auf's tiefste erschüttert werden kann. Der Anspruch

aus Art. 50 O.-R. auf Ersatz des nachweislichen Vermögensschadens genügt zur Ausgleichung der hieraus entstehenden Nachtheile nicht; denn gerade bei der Creditgefährdung entziehen sich der Natur der Sache nach die nachtheiligen Folgen und ihre causalen Zusammenhänge, auch beim freisten richterlichen Ermessen, häufig der gerichtlichen Feststellung, da eine Offenlegung der Verhältnisse dem Beschädigten sehr oft theils geradezu unmöglich ist, theils, aus geschäftlichen Gründen, nicht wohl zugemuthet werden kann. Es spricht also ein wohlberechtigtes Interesse dafür, auch juristischen Personen wegen ernstlicher widerrechtlicher Verletzung derjenigen persönlichen Verhältnisse, in welchen sie als lediglich wirthschaftliche Existenzen überhaupt stehen können, (insbesondere also wegen Gefährdung ihres Credites) auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine Klage gegen den Verletzer auf Zuspruch einer angemessenen Geldsumme zu gewähren; ihnen dieses Recht zu versagen, ist angesichts des allgemeinen Wortlautes des Art. 55 O.-R. durch keine zwingenden Gründe geboten. Vielmehr darf noch darauf hingewiesen werden, dass die „angemessene Geldsumme" des Art. 55 cit., wenn auch grundsätzlich gewiss Genugthuung, Schadenersatz im w. S. und nicht Strafe, doch wohl nebensächlich auch eine gewisse Straffunction gegenüber dem Beschädiger auszuüben bestimmt ist[1]). (Entsch. vom 8. Mai 1885 i. S. Zürch. Cantonalbank c. Weissflog.)

---

[1]) Die Minderheit des B.-G. sprach sich folgendermassen aus: Nachdem Klägerin in der Klagbegründung ausdrücklich erklärt habe, dass sie keinen Vermögensschaden einklage, sondern lediglich gestützt auf Art. 55 O.-R. Genugthuung für moralische Leiden verlange, so könne selbstverständlich von Zuspruch eines Vermögenschadens überall keine Rede sein, sondern nur in Frage kommen, ob Klägerin abgesehen von solchem Schaden eine gewisse Geldsumme verlangen könne. Diese Frage sei unbedingt zu verneinen, denn Vermögensmassen, welche als selbständige juristische Personen constituirt seien, können keine anderen Rechtsgüter als materielle, d. h. Vermögen, besitzen und seien folglich auch nicht in der Lage, einen andern Schaden als Vermögensschaden einzuklagen; ihre berechtigte Stellung als Person gehe nicht über ihren Vermögenszweck hinaus. Wie bei derartigen juristischen Personen das Vertrauen in ihre öconomische Leistungsfähigkeit lediglich auf ihrem Vermögen beruhe, so könne auch von einer Schädigung oder Gefährdung ihres Credites nur als Verletzung ihrer vermögensrechtlichen Interessen gesprochen, daher nur Ersatz für diejenigen Nachtheile verlangt werden, welche die Handlung des Beklagten für die Vermögensverhältnisse der Klägerin zur Folge gehabt habe, bestehen dieselben in verursachtem Schaden, entgangenem Gewinn oder Schmälerung des Erwerbes. Allein Ersatz für solche Nachtheile sei ausdrücklich nicht verlangt, sondern anerkannt worden, dass der Credit der Cantonalbank nur vorübergehend erschüttert und wegen der damals bestehenden Geldverhältnisse

107. *Versicherungsvertrag; Anwendbarkeit des eidg. O.-R. auf denselben in zeitlicher und sachlicher Hinsicht; Art. 882, 891 u. 896, O.-R.*

G. F. hatte am 10. Juli 1880 mit der Unfallversicherungsgesellschaft Zürich einen Versicherungsvertrag gegen körperliche Unfälle für die Summe von Fr. 10,000 abgeschlossen und zwar zunächst für 1 Jahr. Der Vertrag enthält jedoch in Art. 2, Abs. 2 die Bestimmung, dass jede Versicherung je für 1 weiteres Jahr stillschweigend erneuert gelte, wenn sie nicht 4 Wochen vor ihrem Ablauf von einer Partei gekündigt werde. Eine solche Kündigung hat bis zum Jahre 1884 nicht stattgefunden, sondern G. F. jeweils bei Ablauf eines Versicherungsjahres die Prämie für ein folgendes Jahr bezahlt. Am 10. Mai 1884 erlitt derselbe, angeblich in Folge angestrengten Laufens, einen Unterleibsbruch, und es kam in Frage, ob es sich um

---

der Nachweis eines Vermögensschadens nicht möglich sei. Was übrigens den Art. 55 O.-R. angehe, so sei es allerdings unzweifelhaft, dass der Thatbestand desselben nicht mit demjenigen der Ehrverletzung zusammenfalle, sondern auch andere immaterielle, d. h. nicht zum Vermögen gehörige, Güter (wie namentlich z. B. die persönliche und geschlechtliche Freiheit u. s. w.) vor ernstlicher Verletzung durch diese Gesetzesbestimmung geschützt werden wollen, überhaupt Art. 55 in allen Fällen seine Anwendung finden müsse, wo durch eine unerlaubte Handlung, sei es ausschliesslich sei es neben ökonomischen Nachtheilen, Jemandem ein ernstlicher psychischer Schaden, moralisches Leiden, verursacht worden sei. Dagegen wolle Art. 55 vermögensrechtliche Interessen (wie Klägerin auch ganz richtig annehme) nicht schützen; sondern diese finden ihren Schutz in Art. 50 und 51 O.-R. Wie neben Art. 55 auch Art. 54 beweise, werde nach dem schweiz. O.-R. der Begriff der Entschädigung durch den Ersatz vermögensrechtlicher Nachtheile nicht erschöpft, sondern das O.-R. gewähre auch Ersatz für Verletzung anderer, der sog. immateriellen, Rechtsgüter, für den ideellen oder moralischen Schaden, und es erscheine die Geldsumme, welche nach Art. 54 und 55 bei „Tödtung oder Körperverletzung" oder „ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse durch andere unerlaubte Handlungen" zugesprochen werden könne, als Ersatz solchen Schadens, d. h. als Genugthuung. Die Zusprechung einer solchen Entschädigung sei nicht bloss vom Nachweise eines Vermögensschadens, sondern von einem solchen Schaden überhaupt unabhängig und daher nicht zulässig, wo, wie im vorliegenden Falle, ein anderer als ein Vermögensschaden gar nicht entstanden sein könne. Der Annahme, dass die „angemessene Geldsumme" nebensächlich noch eine gewisse Straffunction auszuüben bestimmt, somit ein Gemisch von Genugthuung und Privatstrafe sei, stehe entgegen, dass die Bestimmung offensichtlich dem französischen Rechte entnommen sei, dass das O.-R. weder für Vertragsverletzungen noch für blosse Eingriffe in das Vermögen eine Privatstrafe ausspreche und überhaupt nicht nur nichts dafür vorliege, dass das O.-R. das in der Schweiz längst nicht mehr bekannte Institut der Privatstrafe wieder habe in's Leben rufen wollen, sondern die Botschaft des Bundesrathes, in welcher die „angemessene Geldsumme" lediglich als Entschädigung für moralische Leiden bezeichnet werde, entschieden dagegen spreche.

einen körperlichen Unfall handle, welcher unter den Versicherungsvertrag falle. Das Bundesgericht, an welches die Unfallversicherungsgesellschaft das sie verurtheilende cantonale Urtheil weiter gezogen hatte, erklärte sich incompetent. Gründe:

1) Da die freiburgische Gesetzgebung (Titel XII, Cap. II des code civ. frib.) nur allgemeine Regeln für den Versicherungsvertrag aufstellt, dass der Vertrag in Schrift verfasst werden solle und die Parteien vor allem die gute Treue beobachten und sich nach den Clauseln und Bedingungen des Vertrages sowie den allgemeinen Regeln über die Verträge richten sollen, somit besondere Bestimmungen über die Versicherungsverträge im Canton Freiburg nicht bestehen, so kommt gemäss Art. 896 O.-R. das eidg. Recht bezüglich derselben vom 1. Januar 1883 an zur Anwendung.

2) Allein der vorliegende Vertrag ist vor dem 1. Januar 1883 abgeschlossen worden und zwar nach Art. 2, Abs. 2 der besondern Bestimmungen für unbestimmte Zeit. Da er nie gekündigt worden, besteht er noch in Kraft und steht daher nach Art. 882 O.-R. unter dem kantonalen Recht.

3) Der Art. 891 O.-R. findet auf den Versicherungsvertrag keine Anwendung, da er eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Nichtrückwirkung der Gesetze enthält und daher nur auf diejenigen Verträge Anwendung finden darf, welche in demselben ausdrücklich benannt sind, wozu die Versicherung nicht gehört. [1]) (Entsch. v. 7. März 1885 i. S. Zürich c. Frey; a. S. d. b.-g. E., XI. 80.)

---

[1]) Unter der stillschweigenden Erneuerung, welche Art. 891 O.-R. im Auge hat, ist aber wohl nur diejenige zu verstehen, welche sich als neuer Vertrag darstellt, und ein solcher liegt nun z. B. unter den Voraussetzungen des Art. 291, 342, 545 Ziff. 5 O.-R. unzweifelhaft vor; vgl. Wächter, Württ. Priv.-R. Bd. II. S. 173 N. 9 a. E. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des Preuss. Priv.-R. Bd. II. S. 240. Allg. Preuss. L.-R. Theil I. Titel 21 § 324 ff. Windscheid, Pandecten Bd. II. § 402, Ziff. 3. Die Unterlassung der Kündigung bei kündbaren Verträgen erscheint nach dem Gesetze nicht als stillschweigende Erneuerung derselben, während es sich in concreto gerade um einen solchen Fall handelte. Was Heuberger S. 101 bemerkt, trifft nicht zu; denn er übersieht m. E., dass eine stillschweigende Erneuerung wenigstens im Sinne unseres Gesetzes eben nicht vorliegt, wenn die Miethe u. s. w. zwar auf bestimmte Zeit abgeschlossen worden ist, die Contrahenten jedoch gleichzeitig, resp. noch unter der Herrschaft des alten Rechtes, die weitere Vereinbarung getroffen haben, dass zur Beendigung des Vertrages eine vorhergehende Kündigung erforderlich sei. Ein solcher Fall unterscheidet sich rechtlich z. B. von demjenigen des Art. 289 nur insoweit, als die Parteien bis zu dem vereinbarten Zeitpuncte den Vertrag durch Kündigung nicht beendigen, d. h. nicht vom Vertrage

108. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonat 1881. Welcher Behörde kommt der Entscheid darüber zu, ob eine gewerbliche Anstalt als Fabrik im Sinne dieses Gesetzes zu betrachten sei?*

1) Dieses Gesetz findet nicht bloss auf die Inhaber derjenigen industriellen Anstalten Anwendung, welche auf dem Fabrikverzeichnisse sich befinden, sondern auch auf diejenigen, welche in dasselbe hätten eingetragen werden sollen. Allein der Entscheid darüber, ob eine solche Anstalt auf dem amtlichen Verzeichnisse figurieren sollte, und ob daher auf einen in derselben vorgekommenen Unfall oder eine Krankheit dieses Gesetz anwendbar sei, kommt nach Art. 14 nicht den Gerichten, sondern dem Bundesrathe zu.

2) Die Haftpflicht der Inhaber von gewerblichen Anstalten, welche nach dem Entscheide des Bundesrathes nicht als Fabriken im Sinne des genannten Gesetzes zu betrachten sind, bei Tödtungen und Verletzungen richtet sich nach Art. 50 ff. O.-R.[1]) (Entsch. vom 11. April 1885 i. S. Leu c. Rod.)

---

109. *Art. 29. B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874. Berechtigung zur Weiterziehung kantonaler Haupturtheile ans Bundesgericht.*[2])

Das Recht, bei dem Bundesgerichte die Abänderung des letztinstanzlichen kantonalen Haupturtheils nachzusuchen, steht nicht nur den Hauptparteien, sondern auch den Nebenparteien (Intervenienten, Litisdenunziaten) jedenfalls dann zu, wenn dieselben nach dem betreffenden kantonalen Processrechte zur selbstständigen Ergreifung von Rechtsmitteln befugt sind.[3]) (Entsch. v. 22. Mai 1883 i. S. Gaudin c. Keck.)

---

zurücktreten dürfen. — Ist aber die stillschweigende Erneuerung eines Vertrages (im angegebenen Sinn) ein neuer Vertrag, so ist klar, dass die Bestimmungen des neuen Rechtes gemäss Art. 882 Abs. 3 zur Anwendung kommen müssen, immerhin natürlich unter Aufrechterhaltung derjenigen ausdrücklichen und in gültiger Form getroffenen Vertragsbestimmungen, welche nicht mit zwingenden Vorschriften des O.-R. in Widerspruch stehen; vgl. z. B. Art. 275 Abs. 2, und Art. 525 O.-R. Der Satz „jede Partei habe „ein Recht darauf erworben, dass, wenn das Vertragsverhältniss mit „dem Ablauf der Vertragsdauer fortgesetzt werde, der frühere Vertrag „als erneuert betrachtet werden müsse", ist nicht haltbar; vgl. auch Schneider in Zeitschrift für schweiz. R. Bd. XXVI. S. 359.

[1]) Bzwse. Art. 110 ff. O.-R. Vgl. Urtheil des deutsch. R.-G. (V. Civilsenat) vom 25. Oct. 1884 u. Schneider u. Fick, Commentar z. schweiz. O.-R. S. 122 Ziff. 2 Abs. 2.

[2]) Das B.-G. hat am 23. Mai 1885 i. S. Eidg. Bank c. Schrameck den oben N° 1 Ziff. 1 aufgestellten Grundsatz betr. die Berechnung des Streitwerthes bei objectiver Klagenhäufung nach einlässlicher Discussion bestätigt.

[3]) Vgl. Ztschr. für schweiz. Recht N. F. Bd. III. S. 186 Ziff. 2.

110. *Eintragung in's Handelsregister. Art. 865 O.-R. Entscheide des Bundesraths.* (*Handelsamtsblatt III, Nr. 36 vom 26. März 1885.*)

1) Der Versicherungsagent, welcher Vollmacht besitzt, in rechtsverbindlicher Weise Namens der Gesellschaft Versicherungspolicen zu unterzeichnen (und zwar allein, nicht bloss in Gemeinschaft mit der Verwaltungsbehörde), ist als Generalbevollmächtigter anzusehen und die Agentur muss als Zweigniederlassung eingetragen werden. Besitzt der Agent diese Befugniss nicht, so kann er nicht als Generalbevollmächtigter angesehen werden, jedoch ist er verpflichtet, sich auf seinen persönlichen Namen in das Handelsregister eintragen zu lassen, indem er ein Gewerbe ausübt, bei dem kaufmännische Geschäftsführung vorausgesetzt werden muss. Zum Begriff der Generalvollmacht ist auch die Befugniss nöthig, sämmtliche die Versicherung bezweckenden Geschäfte in ihrem ganzen Umfange selbstständig durchzuführen.

2) Gewerbsmässig betriebene Geschäfte, wie Gewährung oder Vermittlung von Darleihen, Besorgung von Incassi und Ankauf von Forderungen, qualificieren sich unzweifelhaft als Gewerbe im Sinne von Art. 865, Al. 4, O.-R., und sind daher in das Handelsregister einzutragen.

3) Das Urtheil darüber, ob ein Beschluss betreffend die Aenderung von Statuten in Gemässheit eines Artikels dieser Statuten gefasst worden sei, steht der Registerbehörde nicht zu.

4) Einsprachen Dritter gegen einen noch nicht vollzogenen Eintrag dürfen den Registerführer bezw. die Registerbehörde nur dann bestimmen, einer den gesetzlichen Requisiten entsprechenden Registeranmeldung keine Folge zu geben, wenn ihr der Beweis geleistet wird, dass das in Art. 24 der bundesräthlichen Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt vorgesehene Verfahren eingeleitet ist, oder dass dessen Einleitung unmittelbar bevorsteht.

5) Das Obligationenrecht kennt die Eintragung „Einfacher Gesellschaften" (O.-R. 524) in das Handelsregister nicht. Wenn sich eine zum Betriebe eines Handels-, Fabrications- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes gebildete Gesellschaft in das Handelsregister eintragen lassen will, so hat sie sich als Collectivgesellschaft, Commanditgesellschaft, Actiengesellschaft oder Genossenschaft einzurichten. Dagegen haben sich diejenigen Mitglieder einer „Einfachen Gesellschaft" mit obiger Bestimmung, welche die Geschäfte besorgen und dadurch mit dem Publicum in Ver-

kehr treten, auf ihren persönlichen Namen (Einzelfirmen) in das Handelsregister eintragen zu lassen.

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

111. *Preuve de la simulation. Le Code fédéral des obligations a abrogé les dispositions des lois cantonales qui interdisaient la preuve de la simulation d'un acte entre les parties contractantes ou leurs héritiers. Art. 16 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 31 mars 1885 dans la cause Union vaudoise du Crédit c. Bolomey.

Le 10 mars 1884 Henri Bolomey, à Lutry, a souscrit en faveur de l'Union vaudoise du Crédit, à Lausanne, sept billets de change du capital de 50,000 fr. chacun, causés *„valeur reçue au comptant."*

Ces billets n'ayant pas été payés à leur échéance, l'Union du Crédit a pratiqué une saisie contre Bolomey. Celui-ci a opposé à la poursuite en se fondant sur ce que les billets souscrits par lui l'avaient été à titre de couverture d'opérations de jeu, lesquelles ne donnent lieu à aucune action en justice (art. 512 C.-O.).

Dans l'instruction de la cause, Bolomey a demandé à prouver par diverses pièces et par une expertise son allégué N° 42, ainsi conçu:

„Les sept billets du 10 mars au 10 mai 1884, du capital de 50,000 fr. chacun, faisant ensemble 350,000 fr., signés par H. Bolomey à l'ordre de l'Union vaudoise du Crédit, ont été souscrits à titre de couverture d'opérations de jeu."

L'Union du Crédit s'est opposée à la preuve de cet allégué, en se fondant sur l'art. 975 du Code civil vaudois, qui dispose à son second alinéa que „la preuve de la simulation de l'acte n'est pas admise en faveur des parties contractantes, ni de leurs héritiers."

Le Président du Tribunal du district de Lausanne a rejeté cette opposition et admis Bolomey à faire la preuve offerte par lui.

Ensuite de recours de l'Union du Crédit, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant, quant à la preuve de l'allégué 42, que Bolomey veut établir par ce fait la simulation de sept billets du 10 mars 1884.

Considérant que, si l'art. 975 du Code civil dispose que la preuve de la simulation de l'acte n'est pas admise en faveur des parties contractantes ni de leurs héritiers, ce principe est remplacé actuellement par celui posé dans le Code fédéral des obligations, qui statue, à son art. 16, que le débiteur ne peut opposer l'exception de simulation au tiers de bonne foi qui possède une reconnaissance écrite de la dette.

Considérant que l'interdiction de la preuve de la simulation posée à l'art. 975 du Code civil ne saurait être envisagée comme une simple disposition de procédure dont l'application serait laissée aux cantons, ainsi que cela a été réservé par le droit fédéral, mais qu'elle constitue au contraire une disposition de fond et de principe qui, relativement au droit des obligations, a été abrogée par le Code fédéral comme il a été dit plus haut.

Considérant, dès lors, que Bolomey doit être admis à prouver l'allégué 42 et par conséquent la simulation des billets du 10 mars 1884.

---

112. *Action en dommages-intérêts. Propos prétendus diffamatoires. Art. 50 C.-O. Rejet.*

**Neuchâtel.** Arrêt du Tribunal cantonal du 16 octobre 1884 dans la cause Alcide Ramseyer c. Doline Graber et Henri Yampen.

Dans le courant de l'été 1883, le bruit s'est répandu que Ramseyer, qui, depuis plusieurs années, fait partie de la société de la fromagerie de Couvet, apportait à la fruitière du lait de vache mêlé avec du lait de chèvre.

Le comité de la société, informé des bruits qui couraient, s'enquit auprès de Doline Graber qui avait été locataire de Ramseyer et celle-ci affirma à des membres du comité qu'effectivement Ramseyer mêlait du lait de chèvre à celui qu'il apportait à la fruitière. Ces propos furent répétés par Yampen, beau-fils de la dite Graber.

Par lettre du 27 décembre 1883, le comité somma Ramseyer de se justifier de l'accusation qui pesait sur lui.

Le 4 janvier suivant, Ramseyer déposa une plainte en diffamation contre Doline Graber et Henri Yampen, mais par office du 2 février, le juge d'instruction le prévint qu'il ne pouvait donner suite à sa plainte et le renvoya à se pourvoir par voie civile.

Les 30 janvier, 1er et 9 février, le comité adressa à Ramseyer de nouvelles recharges pour qu'il eût à se justifier, mais celui-ci ne paraît avoir fait auprès du comité aucune démarche.

Enfin, les sociétaires réunis en assemblée générale le

17 mars suivant, se fondant sur ce que Ramseyer n'avait tenu aucun compte des sommations qui lui avaient été faites, prononcèrent son exclusion de la société et le condamnèrent à une amende de fr. 5 suivant le règlement.

C'est à la suite de ces faits que Ramseyer a ouvert son action contre les consorts défendeurs, en concluant à ce qu'ils soient condamnés solidairement à lui payer une indemnité de fr. 600, ou ce que justice connaîtra. Le Tribunal cantonal a repoussé la demande de Ramseyer.

Motifs: Attendu, quant à Yampen, qu'il s'est fait le répétiteur de propos tenus par sa belle-mère et dont il ne peut encourir la responsabilité;

Qu'en conséquence, il y a lieu à le mettre hors de cause;

Attendu, quant à Doline Graber, que c'est en application de l'article 50 C.-O., que le demandeur agit contre elle; qu'en conséquence, il doit prouver que la défenderesse lui a, soit à dessein, soit imprudemment, causé un dommage dont elle lui doit la réparation;

Attendu que si la société, appelée pour la première fois, depuis plusieurs années qu'elle existe, à prononcer l'expulsion d'un de ses membres, l'a fait, il est à croire que c'est en connaissance de cause et non pas seulement sur les seuls dires d'une femme qui paraissait animée de sentiments peu bienveillants à l'endroit du demandeur;

Que le défendeur a, en négligeant de se justifier en manière quelconque auprès de ses cosociétaires, rendu inévitable la mesure d'expulsion dont il a été l'objet;

Que dans une conversation dans un lieu public, il n'a pas opposé un démenti absolu au fait dont il était accusé;

Que la mauvaise foi, c'est-à-dire la connaissance par le dénonciateur de la fausseté de son énoncé, est l'élément constitutif de l'acte de dénonciation calomnieuse;

Que rien n'établit, dans l'espèce, que Doline Graber ait sciemment menti;

Que si, interpellée par un membre du comité, elle lui a rapporté les propos qu'elle prétendait tenir de la servante du demandeur, elle ne peut être réputée avoir agi avec imprudence;

Qu'en résumé, la procédure ne fournit pas des éléments de preuves qui permettent au juge de faire application à la défenderesse de l'art. 50 C.-O., sans que par là il entende se prononcer sur la réalité des faits dont le demandeur a été accusé et dont il peut être très innocent.

113. *Action en dommages-intérêts. Propos de nature à porter atteinte au crédit d'une maison industrielle. Art. 50 C.-O.*

**Neuchâtel.** Arrêt du Tribunal cantonal du 17 octobre 1884 dans la cause Hainard, Bourquin et Cie. c. Vuillemin-Vaucher.

Dans le courant du mois de novembre 1883, le citoyen Charles Rosselet, qui habite les Bayards, se trouvait chez le citoyen Ami Juvet, à St-Sulpice, en même temps que le citoyen Ed. Vuillemin, lequel ne lui était pas personnellement connu.

Vuillemin avait été associé pour la fabrication des boîtes de montres avec Georges Bourquin, frère d'un des chefs de la maison Hainard, Bourquin & Cie.; cette association venait d'être rompue.

La conversation s'engagea sur la marche générale des affaires, puis sur la maison Hainard, Bourquin & Cie. qui, aux dires de Rosselet, marchait bien et occupait beaucoup d'ouvriers.

Vuillemin allégua à ce sujet qu'alors qu'il travaillait pour cette maison, elle ne le payait qu'en papiers à quatre mois ou plus; qu'elle dépensait beaucoup; que les oreilles de ses chefs avaient dû leur sonner à l'époque de St-Martin; que les monteurs de boîtes de Genève étaient arrivés à Fleurier avant que l'on en fût averti dans le village, qu'ils en savaient plus long que ceux d'ici et étaient venus pour se faire payer.

Emu à juste titre des propos qu'il venait d'entendre, Rosselet en informa son fils à Lausanne qui avait des fonds placés chez l'un des chefs de la maison Hainard, Bourquin & Cie., celui-ci invita son débiteur à se rendre à Lausanne et là fut opéré un transfert d'un titre nominatif de rente qui avait été remis en garantie de la somme prêtée.

A la même époque, il avait couru des bruits défavorables à cette maison, colportés dans un lieu public par l'un des assistants à la conversation tenue dans la circonstance plus haut indiquée.

Le Tribunal cantonal a admis en principe la demande d'indemnité, tout en réduisant celle-ci à la somme de fr. 300.

Motifs: Attendu que ce n'est point confidentiellement, mais spontanément et sans y être invité, que Vuillemin a tenu des propos de nature à ébranler le crédit de la maison demanderesse;

Que si ce n'est pas de propos délibéré, mais plutôt par imprudence qu'il s'est exprimé comme il l'a fait, il n'en demeure pas moins passible, aux termes de l'art. 50 code

fédéral des obligations, des suites dommageables de cette imprudence;

Que ces suites dommageables se sont traduites entre autres par une course à Lausanne et frais de transfert d'un titre nominatif de rentes françaises;

Que, d'autre part, il y a lieu à tenir compte au défendeur de ce que, dans une autre circonstance, il a démenti les bruits qui couraient sur la prétendue insolvabilité de la maison demanderesse, pour ne pas tirer ici en ligne d'autres éléments d'appréciation du dommage causé.

---

114. *Schadenersatz bei Tödtung. Art. 52 und 54 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 27. März 1885 i. S. Isidoro Bee c. Giuseppe Panozzo.

Laut Urtheil vom 16. Juli 1884 erkannte das Strafgericht den Beklagten schuldig des Todtschlags ausgeübt an Bartolommeo Bee und verurtheilte ihn in Anwendung von § 101 des Strafgesetzes zu einer sechsjährigen Zuchthausstrafe; in den Erwägungen dieses Urtheils wird ausdrücklich hervorgehoben, dass der Beklagte ohne besonders erhebliche Anreizung seitens des Getödteten, welche die Anwendung des Lemma 2 des cit. § rechtfertigen könnte, die That begangen habe. Die Entschädigungsforderung der Erben des Getödteten wurde auf den Civilweg verwiesen. In Folge dessen erhob am 24. Januar 1885 der Kläger als Vater und Erbe des Getödteten Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei der Beklagte zur Leistung eines Schadensersatzes im Betrage von Fr. 10,000 an den Kläger und zur Tragung der sämmtlichen Prozesskosten zu verfällen. Der Kläger behauptet durch den Tod seines ältesten Sohnes Bartolommeo sei ihm, der in grosser Armuth dahin lebe und sich und seine zahlreiche aus 8 Köpfen bestehende Familie durch ländliche Arbeit als Bauersmann kümmerlich ernähre, der Hauptversorger jetzt und für die Zukunft entrissen worden, Bartolommeo sei von ihm mit einem für seine Verhältnisse grossen Aufwand auferzogen worden, damit er ihm in seinem Alter eine Stütze für ihn und seine Familie sei; die Erziehungskosten veranschlage er auf Fr. 3000. Im Jahre 1866 geboren habe ihm derselbe denn auch wirklich bereits seit seinem 13. Altersjahre eine jährliche Unterstützung von Fr. 600, welche er von seinem reichlichen Verdienste als Bauarbeiter zurücklegen konnte, zukommen lassen.

Die Klage wurde nur im Betrage von Fr. 2500 gutgeheissen.

Motive: Der Beklagte bestreitet im Principe die Berechtigung des Klägers für die Tödtung seines Sohnes Bartolommeo Schadensersatz zu verlangen nicht. Seine Einwände richten sich allein gegen die Höhe der geltend gemachten Forderung, indem er durch Anführung von Thatsachen, die vom Kläger für die Berechnung seines Interesse am Leben seines Sohnes geltend gemachten Momente theils zurückzuweisen, theils abzuschwächen versuchte. Im vorliegenden Fall ist es aber überhaupt nicht nothwendig auf eine solche in's Einzelne geführte Berechnung, wie sie die Parteien für den entstandenen, grössern oder kleinern Schaden aufstellen, einzutreten, da von vornherein die Annahme des Klägers als eine irrige zurückgewiesen werden muss, als handle es sich hier um den Thatbestand, wie ihn Art. 52 O.-R. voraussetzt. Es ist nämlich dem Kläger nicht gelungen, den Beweis dafür zu erbringen, dass der getödtete Sohn Bartolommeo der wirkliche Versorger des Klägers und seiner Familie gewesen sei, durch dessen Tod diese ihrer Subsistenzmittel beraubt worden wären. Aus den Acten geht vielmehr hervor, dass der Kläger mit seinen 47 Jahren für einen Bauer noch in rüstigem Mannesalter steht, und mit seiner allmählig heranwachsenden Familie in einer Lage sich befindet, wie sie sich ein Bauer für seine ländlichen Arbeiten nicht besser wünschen kann. Das einzige, was Kläger im vorliegenden Fall verlangen kann, ist eine Entschädigung nach Massgabe von Art. 54 O.-R., welche den Angehörigen des Getödteten auch abgesehen von einem besondern nachweisbaren Schaden eine solche zuspricht.

Bei dieser Sachlage steht von vornherein fest, dass die Entschädigungssumme bei weitem nicht so hoch bemessen werden kann, wie in dem Falle, wo durch Tödtung eines Menschen eine Familie ihren Versorger verloren hat. In Würdigung aller der vom Kläger geltend gemachten und nachgewiesenen Umstände, wie namentlich des Umstandes, dass der Kläger zweifelsohne durch den vom Beklagten böswillig verschuldeten Tod seines Sohnes hart betroffen sein musste, dass ihm dadurch immerhin auch ein materieller Schaden erwachsen sein mag, hat der Richter eine Entschädigung von Fr. 2500 für angemessen erachtet.

---

115. *Schadenersatz bei Körperverletzung; Vertheilung auf die Schuldigen. Art. 50, 51, 53 u. 60 O.-R.*

**Obwalden.** Urtheil des Obergerichtes vom 5. Mai 1885 i. S. A. Enz c. Joh. Halter.

Bei einer nächtlichen Begegnung junger Bursche am 21.

März 1884 erhielt M. Abächerli von A. Enz durch Schlag mit einem Scheit auf den Kopf eine gefährliche Verletzung, welche eine längere Krankheit und nach ärztlichem Gutachten eine bleibende wesentliche Schwächung der Gesundheit des Beschädigten zur Folge hatte. Ausserdem erhielt A. zwei weitere Streiche über die Schulter, von denen Enz den einen ebenfalls eingesteht; den andern aber soll nach seiner Behauptung sein Kamerad J. Halter geführt haben, was letzterer jedoch in Abrede stellt.

Das Kriminalgericht verurtheilte unter dem 1. August 1884 den A. Enz wegen vorsätzlicher Körperverletzung und nächtlicher Unfugen zu einer Geldstrafe von Fr. 500 und $^2/_3$ der Kosten; den J. Halter, in korrektioneller Strafabwandlung, wegen nächtlicher Unfugen zu Fr. 40 Strafe und $^1/_3$ Kosten; bezüglich der Kosten haften Enz und Halter solidarisch.

Auf die Klage des A. gegen Enz und Halter sprach das Civilgericht demselben unter dem 4. Februar 1885 eine Entschädigung von Fr. 2500 nebst Vergütung der Arztkosten zu. An diese Beträge haben, unter solidarischer Haftbarkeit, Enz $^9/_{10}$, Halter $^1/_{10}$ zu leisten.

Das Urtheil wurde vom Beklagten Enz in dem Sinne appellirt, dass er verlangte, es sei dem Halter eine grössere Quote von den zu leistenden Fr. 2500 und den Arztkosten zu überbinden.

Die Appellation wurde begründet erklärt und der von Halter zu entrichtende Entschädigungsbeitrag von $^1/_{10}$ auf $^1/_5$ der Gesammtsumme erhöht.

Motive: Enz ist geständig den verhängnissvollen Streich geführt zu haben. Enz und Halter geben zu, in Begleitung noch zweier anderer Individuen, die nicht in den Rechtsstreit einbezogen wurden, zum Zwecke nächtlicher Ruhestörung und Verübung von Unfug sich am kritischen Abend von Hause fortbegeben und mit Scheitern bewaffnet zu haben. Auch ist nicht unwahrscheinlich, dass Halter sich in einer über sein Geständniss hinausgehenden Weise an diesem Vorfalle betheiligt hat. Enz und Halter und ihre beiden Kameraden unternahmen gemeinschaftlich den Angriff und die Verfolgung des A. und seiner Genossen. Gegenüber der Thatsache, dass allerdings Enz den fatalen Streich geführt, muss anderseits die Betheiligung Halters und die für Enz daraus resultirende Unterstützung als mitverursachendes Moment wesentlich in Berücksichtigung gezogen werden. Demnach wird das Begehren des Appellanten in angegebenem Umfange als berechtigt anerkannt.

116. *Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 O.-R. Unrichtige Anwendung dieser Bestimmungen bei vertragswidrigem Wiederentzug des Miethobjectes seitens des Vermiethers.*

St. Gallen. Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 2. März 1885.

Frau U. belangte den G. F. wegen unberechtigter Wiedervermiethung eines an sie vermietheten Zimmers: a) wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf Ablieferung der Fr. 100, welche G. F. vom neuen Miether X. als Miethzins bezogen habe, und b) auf Ersatz des ihr aus dieser Wiedervermiethung erwachsenen Schadens (Arbeitsversäumniss, Möbelreparatur, Gasthofaufenthalt u. dgl.) im Betrage von Fr. 15. 40.

Die Klägerin behauptete, das Zimmer zu 12 Fr. per Monat gemiethet zu haben. Sie bewohnte dasselbe bis zum 7. Februar 1884 und zog dann mit Zurücklassung ihres Hausraths nach Konstanz, wo sie bis September verblieb. Der Beklagte bestritt, dass er der Klägerin das Zimmer vermiethet habe; sie habe es von seinem Besitzesvorgänger in Miethe gehabt und nachdem er die Wohnung übernommen, nur noch einige Tage benützt. Er will sich bei ihrem Wegzug über die Aufbewahrung des Hausrathes mit ihr verständigt und hiefür 5 Zahlungen von je Fr. 12 erhalten haben. Anfang Mai vermiethete er das Zimmer mit seinen Möbeln garnirt an X. zu 20 Fr. per Monat und erhielt von diesem für 5 Monate die Fr. 100, auf deren Herausgabe die Klage abzielte. Die Klägerin erhielt von diesen Vorgängen erst nach ihrer Rückkehr Kenntniss.

Das Bezirksgericht gelangte zur Gutheissung der Klage. In den fünf Zahlungen in Verbindung mit andern thatsächlichen Momenten erblickte es den Beweis für ein stillschweigendes Miethverhältniss. Desshalb sei G. F. zur Wiedervermiethung des Zimmers nicht befugt gewesen und daher pflichtig, der Klägerin das, was er von X. aus der Wiedervermiethung bezog, als „ungerechtfertigte Bereicherung" zurückzuerstatten und ihr auch den daraus erwachsenen Schaden zu vergüten. G. F. verlangte die Nichtigerklärung dieses Urtheils, durch welches die processualischen Beweisvorschriften und auch die Bestimmungen des Obligationenrechts über die ungerechtfertigte Bereicherung verletzt seien. Die Rekurskommission erklärte die Nichtigkeitsbeschwerde nach beiden Richtungen hin für begründet, bezüglich des zweiten Punktes mit folgender Motivirung.

In unrichtiger Auffassung des Art. 70 ff. O.-R. hat das Gericht in den von X. bezahlten 100 Fr. eine Bereicherung

des G. F. erblickt, welche er an die Frau U. zurückzuerstatten habe. Es kann zwar im gewöhnlichen Sinne des Wortes eine ungerechtfertigte Bereicherung in jedem vermögensrechtlichen Vortheile gefunden werden, welchen ein Contrahent aus seiner vertragswidrigen Handlungsweise erzielt. Aber Art. 70 ist nicht so zu verstehen, er setzt voraus, dass Jemand „aus dem Vermögen eines Andern" „ohne rechtmässigen Grund" bereichert wurde. Nun gehört das Zimmer, für welches X. dem G. F. die Fr. 100 bezahlte, nicht zum Vermögen der Frau U. — Eine solche Bereicherung im Sinne des O.-R. könnte allfällig in solchen Zinszahlungen liegen, welche Frau U. für das streitige Zimmer noch ferner hätte bezahlen müssen, nachdem es ihrer Benutzung entzogen war — aber für solche Zahlungen fehlt der Beweis. — Auch hat das Gericht in unstatthafter Weise mit der aus Art. 70 O.-R. irrig abgeleiteten Rückerstattungspflicht die Pflicht zum Schadenersatz annullirt. Es berechtigt die vertragswidrige Verfügung des Vermiethers über das Miethobject (Nichtübergabe oder vorzeitiger Wiederentzug desselben) den Miether zur Klage auf Erfüllung des Vertrags, oder zum Rücktritt von letzterm und auf den Ersatz des ihm daraus erwachsenen Schadens; aber nicht auf Herausgabe desjenigen Vortheils, mit welchem sich der Vermiether dabei bereichert haben mag. — In gleicher Weise kann der Vermiether gegenüber dem Miether, welcher das Miethobjekt in vertragswidriger Weise benützt (z. B. durch vertraglich untersagte Untervermiethung; Verwendung einer Wohnung als Werkstatt, eines Reitpferdes zum Ziehen u. dgl.), nur auf Unterlassung dieser Benutzungsweisen oder auf Rücktritt vom Vertrag und auf Schadenersatz, aber nicht auch auf die vom Miether daraus erzielten Gewinne klagen.

---

117. *Inexécution des obligations. Mise en demeure. Pour que l'inexécution d'une obligation n'ayant pas d'échéance déterminée puisse donner lieu à des dommages et intérêts, il faut que le créancier ait préalablement mis le débiteur en demeure de s'exécuter. Art. 117, 122 et suivants C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 16 décembre 1884 dans la cause Rapin contre Administration fédérale des télégraphes.

Par convention du 17 avril 1884, le Dr. Rapin, à Lausanne, a pris un abonnement au téléphone pour le prix annuel de 150 fr. Son appareil a été posé le 13 mai suivant.

L'art. 4 de la convention intervenue entre parties porte ce qui suit: „Tous les six mois au moins et aussi souvent

que des modifications le rendent nécessaire, l'administration des télégraphes adresse aux abonnés une liste complète et rectifiée des abonnés." Malgré cette disposition, l'administration a attendu jusqu'au 21 juillet pour faire connaître le nom du Dr. Rapin aux autres abonnés, ainsi que celui de 18 autres personnes qui s'étaient abonnées au téléphone depuis le mois d'avril, époque de la publication de la dernière liste.

Par lettre du 13 juillet 1884, le Dr. Rapin a mis l'administration en demeure de porter son abonnement à la connaissance des autres abonnés, puis il lui a ouvert action en paiement d'une indemnité de 60 fr. pour inexécution des conditions du contrat passé entre parties.

L'administration des télégraphes a conclu à libération des fins de la demande, en se fondant entre autres sur les art. 110 et 117 C. O.

Le Juge de paix du Cercle de Lausanne ayant écarté les conclusions du Dr. Rapin, celui-ci a recouru au Tribunal cantonal, qui a confirmé le jugement.

Motifs: Considérant sur la cause que l'art. 4 de la convention du 17 avril 1884, après avoir dit que l'administration adresse aux abonnés, tous les six mois au moins une liste complète et rectifiée des abonnés, ajoute: „et aussi souvent que des modifications le rendent nécessaire."

Considérant qu' on ne saurait admettre que l'administration soit seule juge de la question de savoir si et quand, dans l'intervalle des six mois, la liste ci-dessus doit être adressée; mais qu'il appartient aux tribunaux, lorsqu'ils sont nantis d'un litige sur ce point, de décider s'il y avait lieu ou non de faire cette communication en raison des circonstances.

Considérant que, la convention précitée ne fixant pas d'époque nettement déterminée pour la communication dont il s'agit et laissant, ainsi qu'il vient d'être dit, une place à l'appréciation des tribunaux, l'abonné ne saurait, au regard des art. 117, 122 et suivants C.-O., réclamer des dommages-intérêts à l'administration, tant qu'il n'a pas mis celle-ci en demeure de donner l'avis en question.

Considérant que le recourant, dont l'appareil téléphonique a été installé le 13 mai 1884, a seulement demandé le 13 juillet à l'administration des télégraphes que son nom et son adresse fussent communiquées à tous les abonnés et que la défenderesse a, aussitôt après, soit le 21 juillet, fait droit à cette demande.

Considérant, au surplus, que le Dr. Rapin avait allégué

sous n° 8: „L'ignorance dans laquelle les abonnés du téléphone ont été tenus, dès le 13 mai au 21 juillet 1884, de la prise d'un abonnement par Rapin, a causé à ce dernier un dommage"; qu'ensuite de preuves testimoniales, le Juge de paix a donné à cet allégué la solution définitive ci-après: „Dans l'ignorance dans laquelle les abonnés du téléphone ont été tenus, soit par le fait de l'administration des téléphones, soit par le fait du Dr. Rapin, celui-ci a subi un dommage", — le Juge déclarant ainsi en termes explicites que le dommage est aussi imputable au demandeur lui-même.

---

118. *Compensation. L'art. 131 C.-O. ne déroge pas aux dispositions des lois cantonales qui mettent obstacle à la compensation en matière de procédure d'exécution. Art. 610 du Code de procédure civile de Neuchâtel.* (*Comp. II, N°s 27, 71; III, 119.*)

**Neuchâtel.** Arrêt de la Cour de Cassation du 30 janvier 1885 dans la cause Mühlemann c. Duveluz.

Mühlemann a fait adresser des poursuites à Paul Duveluz en paiement d'un titre de fr. 71. 50.

Duveluz a fait opposition à la poursuite en demandant à teneur du Code fédéral des Obligations (art. 131) la compensation d'un compte de fr. 63. 95 qu'il réclame à Mühlemann. Il soutient que les parties se trouvent dans les conditions exprimées au dit article, que c'est le droit fédéral qui est applicable et non la loi de procédure cantonale qui ne peut infirmer en rien une disposition du C.-O.

Le Juge de paix de Travers a déclaré l'opposition bien fondée et admis la compensation.

Mühlemann a recouru en cassation et le recours a été admis.

Motifs: Quant à la somme de fr. 71. 50 qui a fait l'objet de la poursuite:

Attendu que Duveluz ne l'a pas contestée.

Que la demande relative à cette somme est ainsi établie.

Attendu, d'autre part, que le défendeur invoque la compensation et demande que la somme qui a donné lieu à la poursuite dirigée contre lui soit réduite de fr. 63. 45 qui lui sont dus en vertu d'une compensation qui existait entre parties.

Attendu qu'en invoquant la compensation, Duveluz agit par voie de demande reconventionelle.

Qu'en matière de poursuite pour dettes les demandes reconventionelles sont interdites.

Vu l'arrêt du Tribunal cantonal du 9 janvier 1884. (Revue II, N° 27.)

Vu l'article 610 du Code de procédure civile.

---

119. *Compensation.* ***Die Bestimmung von § 158 des Schuldbetreibungsgesetzes des Cantons Zürich, welche gegenüber Forderungen aus öffentlichen Urkunden und gerichtlichen Erlassen die Compensation wesentlich einschränkt, ist durch Art. 131 O.-R. nicht aufgehoben, sondern bleibt als eine Vorschrift des Processrechtes in Kraft. Art. 131 O.-R.*** (*Vgl. II, No. 27, 71; III, 118.*)

Zürich. Beschluss des Cassationsgerichtes vom 19. Januar 1885, i. S. Ludwig Müller.

Motive: Das Schuldbetreibungsgesetz bestimmt in § 158, dass, wenn für eine auf öffentlicher Urkunde oder auf gerichtlichem Erlasse beruhende Forderung Rechtsöffnung, d. i. Befehl zur Fortsetzung der Execution verlangt werde, diese nur verweigert werden solle, wenn die Einsprachegründe sofort bis zur Wahrscheinlichkeit hergestellt, oder für dieselben — jedoch unter gleichzeitiger Hinterlegung des streitigen Betrages — zureichende und unverdächtige Beweismittel bezeichnet werden, und wenn die zu vollstreckende Forderung auf gerichtlichem Erlasse beruht, muss überdem nachgewiesen werden, dass der Einsprachegrund erst nach diesem entstanden oder entdeckt worden sei. In einem Entscheide vom 23. Mai 1884 (mitgetheilt in Bd. II, N° 71) sprach die Recurskammer des Obergerichtes die Ansicht aus, diese Gesetzesbestimmung sei, soweit sie die Geltendmachung der Einrede der Verrechnung mit einer vor dem gerichtlichen Erlasse entstandenen und entdeckten Gegenforderung ausschliesse, aufgehoben durch Art. 131 O.-R., indem hier für gerichtlich festgestellte Forderungen bezüglich der Compensation keine Ausnahme getroffen sei. Diese Annahme ist unrichtig. Der bedingte Ausschluss der Einrede der Verrechnung gegenüber Forderungen, die auf öffentlicher Urkunde, bezw. die auf gerichtlichem Erlasse beruhen und der Entstehung oder Entdeckung der angeblichen Gegenforderung vorangegangen sind, gleichwie der unbedingte Ausschluss der Compensationseinrede gegenüber Forderungen aus einem gerichtlichen Erlasse, sofern die Entstehung oder Entdeckung der angeblichen Gegenforderung diesem nachgefolgt ist, haben die Bedeutung processualischer Präclusivbestimmungen; um einen geregelten Geschäftsgang zu ermöglichen, muss es dem Gesetzgeber bei Aufstellung einer Processordnung sowohl für das ordentliche als das summarische Verfahren gestattet sein, mit Bezug auf die Geltendmachung der Einrede der Verrechnung, sowie auch anderer Einreden Präclusivbestimmungen zu treffen, und namentlich für gerichtlich gutgeheissene Forderungen sind im Executivprocesse gewisse Ausschliessungsvorschriften zur Handhabung des Rechtes nothwendig.

120. *Retentionsrecht. Begriff der Connexität. Art. 224 O.-R.*

Bern. Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 22. Nov. 1884 i. S. Gerber u. Cie. c. Spar- und Leihcasse Steffisburg.

K. hatte bei der Spar- und Leihcasse Steffisburg unterm 4. Dec. 1882 Geld auf Wechsel erhoben und zur Sicherheit zwei Werthpapiere als Faustpfand hinterlegt. Im Concurse des K. wurde der Faustpfandvertrag von andern Gläubigern angefochten, weil er der nach bern. Recht zu seiner Gültigkeit erforderlichen Form entbehre. Da der Concurs unter der Herrschaft des O.-R. eingetreten war, so behauptete die Gläubigerin, es stehe ihr eventuell ein Retentionsrecht an den fraglichen Werthpapieren zu. In einem von Fürsprecher A. Reichel in Bern verfassten Gutachten führte sie u. a. in Bezug auf das Requisit der Connexität aus:

Und ist denn in der That in unserem Falle ein Zusammenhang so schwer herauszufinden? Warum einzig hat die Spar- und Leihcasse Steffisburg das Darlehen auf Wechsel gegeben? Offenbar, weil ihr an dem übergebenen Faustpfande eine annähernd genügende Sicherheit geboten wurde. Warum hat der Schuldner den Titel Wyttenbach zum Pfande gegeben? Weil er des Darlehens von Seiten der Spar- und Leihcasse Steffisburg bedurfte. Also zwischen dem Geben und Nehmen existiert ein directer Causalnexus. Es mangelt zur Perfection des Geschäftes als Faustpfandvertrages einzig die Erfüllung einiger Formalvorschriften des altbernischen Pfandrechtes. Aber der Wille des Schuldners war doch darauf gerichtet, den Gläubiger durch ein Faustpfand zu decken; dieser Wille hat sich durch die Uebergabe des Faustpfandes äusserlich manifestirt. Soll nun wirklich der Schuldner oder die an seinem Platze processführenden Gläubiger, die aber doch nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen können, als der Cridar, diesem seinem ausgesprochenen Willen zuwider das Faustpfand vom Gläubiger herausfordern können? Nein, wir sagen mit Papinian: „facilior erit possidenti retentio“, und das ist auch der Sinn des Art. 224 O.-R.

Das Gericht erklärte den Faustpfandvertrag als ungültig und verneinte (mit 5 gegen 3 Stimmen) das Vorhandensein des Retentionsrechtes, weil der Zusammenhang fehle.

Motive: Es steht fest, dass der Faustpfandvertrag vom 4. December 1882 den Vorschriften der Saz. 929 C. nicht entspricht und es kann sich demgemäss einzig um eine Prüfung der Frage handeln, ob die in Art. 224 ff. O.-R. aufgeführten Voraussetzungen des Retentionsrechtes mit Bezug auf die der Kasse als Sicherheit hinterlegte Schuldverpflichtung gegen

Johann Wyttenbach — auf die Kaufbeile gegen Christian Wyler wurde verzichtet — gegeben sind oder nicht (Art. 887 O.-R.), indem die Realisirung des Retentionsrechtes derjenigen des Faustpfandes laut Art. 228 O.-R. gleichsteht.

Von wesentlicher Bedeutung ist hier namentlich das Erforderniss des Zusammenhanges der Forderung mit dem Gegenstande der Retention (Art. 224 O.-R.), denn falls das Vorhandensein eines solchen in casu verneint werden muss, so steht der Beklagten an der fraglichen Schuldverpflichtung ein Retentionsrecht und ein Concursprivileg im Geldstag des Krebs nicht zu und es würde sich mithin die Einspruchsklage ohne Weiteres als begründet herausstellen. Nun lässt sich in der Theorie eine engere und eine weitere Auffassung des Begriffes der Connexität zwischen Forderung und Object der Retention als Voraussetzung des Retentionsrechtes unterscheiden. Die Vertreter der letztern Ansicht, darunter namentlich Goldschmidt in seinem Lehrbuche des Handelsrechts, wollen ein Retentionsrecht nicht bloss da anerkennen, wo zwischen Forderung und Gegenstand der Retention ein natürlicher Zusammenhang besteht, wie z. B. bei dem Anspruche auf Vergütung der Verwendungen an der retinirten Sache, sondern auch überall da, wo der Zusammenhang nur auf dem Willen der Parteien beruht, d. h. mit andern Worten, wo in dem Bestehen einer Forderung die Ursache liegt, dass der betreffende Gegenstand sich in der Innehabung des Gläubigers befindet. Die nothwendige Folge dieser Auffassungsweise würde es mit sich bringen, dass jede ungültige Faustpfandbestellung auf dem Wege des Retentionsrechtes zur rechtlichen Wirksamkeit gebracht werden könnte. Gerade diese Consequenz weist aber darauf hin, dass das Retentionsrecht einen natürlichen Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Objecte der Retention voraussetzt, indem sonst die auf die Bestellung eines Faustpfandes bezüglichen Formvorschriften durchaus illusorisch wären. Eine strikte Auslegung des Art. 224 O.-R. rechtfertigt sich übrigens um so mehr, als es sich um die Inanspruchnahme eines Privilegs im Konkurse handelt und Privilegien im Zweifelsfalle stets einschränkend zu interpretieren sind. Vorliegend beruht nun der Zusammenhang zwischen der Forderung der Beklagten und der Schuldverpflichtung gegen Johann Wyttenbach einzig darauf, dass besagter Titel der Spar- und Leihkasse Steffisburg als Sicherheit für ihre Forderung faustpfändlich hinterlegt werden sollte. Es fehlt also ein natürlicher Zusammenhang zwischen der Forderung und dem Gegenstande der Retention und damit nach dem vorhin Ge-

sagten eine wesentliche Voraussetzung des Retentionsrechtes, so dass der Klägerin ihre beiden ersten Einspruchsbegehren als begründet zuzusprechen sind, womit das blos eventuell gestellte dritte Begehren als gegenstandslos dahinfällt.

---

121. *Retentionsrecht. Erforderniss der Connexität. Art. 224 Abs. 1, O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes, II. C. A., vom 22. Januar 1885, i. S. Heink c. Amtsersparnisskasse Wangen.

Dem Heink wurde von der Amtsersparnisskasse Wangen ein auf Fr. 4000 limitirter Kredit bewilligt. Als Faustpfand setzte er eine Forderung von Fr. 7000 ein. Als später Heink in Concurs fiel, war der Credit um mehr als Fr. 3000 überschritten. Die Amtsersparnisskasse Wangen beanspruchte für Fr. 4000 ein Faustpfandrecht und für die Ueberschreitung ein Retentionsrecht nach Art. 224 O.-R. Beides wurde im Locationsentwurf anerkannt, dagegen wurde im darauffolgenden Einspruchsprozess die Existenz eines Retentionsrechtes verneint.

Motive: Was die Frage nach dem Bestehen eines Retentionsrechts an dem fragl. Titel betrifft, so ist vor Allem zu prüfen, ob in casu das in Art. 224 O.-R. verlangte Requisit der Connexität zwischen Forderung und Gegenforderung der Retention zutrifft, denn dass es sich um einen Geschäftsverkehr unter Kaufleuten gehandelt (Art. 224, Abs. 2), ist in den Akten nicht einmal angedeutet. Nach dem Urtheile vom 22. November 1884 i. S. Gerber & Comp. u. Mith. c. Spar- und Leihkasse Steffisburg muss der Zusammenhang ein natürlicher, nicht bloss ein gewollter sein, und von diesem Standpunkte aus bedarf es keines weitern Nachweises, dass ein derartiger Zusammenhang im vorwürfigen Falle nicht besteht. Uebrigens würde selbst dann, wenn man eine weitere Auslegung des Art. 224 O.-R. zulassen wollte, nach den Depositionen der Klägerin (Frau Heink) der gewollte Zusammenhang zwischen der Forderung der Beklagten, soweit sie den Betrag von Fr. 4000 übersteigt, und dem ihr faustpfändlich hinterlegten Titel fehlen.

---

122. *Droit de rétention. L'acheteur d'un animal atteint d'un vice redhibitoire jouit d'un droit de rétention sur cet animal soit pour la restitution du prix payé, soit pour les frais de fourrière. Art. 224 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 16 décembre 1884 dans la cause veuve Cousin contre Michon.

Le 10 juillet 1884, Jules Michon, marchand de chevaux, à Aubonne, a vendu un cheval à veuve Cousin, à Renens,

pour le prix de 450 fr.; il a garanti que l'animal vendu n'était atteint d'aucun vice redhibitoire.

Une expertise juridique ayant constaté que le cheval était atteint de la pousse, veuve Cousin l'a mis en fourrière, et a ouvert action à Michon pour obtenir la résiliation de la vente, la restitution du prix payé, le remboursement des frais d'expertise, de fourrière et autres, et une indemnité de 50 fr.

Michon a consenti à la résiliation du marché, mais il a contesté l'obligation de supporter les frais, attendu que le 2 août 1884 il avait offert de reprendre le cheval. Il a en outre conclu à une indemnité de 3 fr. par jour dès cette date.

Le Juge de paix du Cercle d'Aubonne a écarté les conclusions en dommages-intérêts des deux parties, et a mis les frais d'expertise à la charge de Michon. Quant aux frais de fourrière, il a dit que chaque partie en supporterait la moitié.

Ensuite de recours de veuve Cousin, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et a condamné Michon à supporter tous les frais de fourrière.

Motifs: Considérant qu'il ressort des faits ci-dessus que le 10 juillet 1884 Michon a vendu un cheval à veuve Cousin en garantissant à celle-ci que l'animal n'était atteint d'aucun vice redhibitoire prévu à l'ancienne loi du 22 mai 1858.

Que le cheval étant atteint de la pousse, ainsi que l'a constaté l'expertise faite par des hommes de l'art, veuve Cousin a mis le cheval en fourrière dès le 24 juillet 1884 et que, le 28 juillet, elle a avisé de ce fait Michon en le sommant de reprendre son animal, de lui restituer le prix d'achat, de payer les frais, ainsi qu'une somme de 50 fr. à titre de dommages-intérêts.

Que Michon n'a pas obtempéré à cette sommation et que ce n'est que le 9 août qu'il a offert à veuve Cousin de reprendre le cheval et de lui restituer le prix de vente.

Que veuve Cousin a alors refusé de rendre l'animal, Michon ne voulant pas lui payer les frais, même de fourrière.

Considérant que, dans tous ces procédés, veuve Cousin a agi correctement et qu'elle était en droit de refuser la délivrance du cheval, tant que les frais de fourrière ne lui étaient pas payés, un tel droit lui étant expressément réservé par l'art. 224 C.-O.

Attendu, en effet, qu'il existe dans l'espèce une connexité évidente entre la créance qu'a veuve Cousin contre Michon, pour les frais de fourrière, et la chose retenue, soit l'animal vendu.

Que, dans ces circonstances, l'on ne saurait faire supporter à veuve Cousin une part quelconque de ces frais, qui doivent dès lors tomber entièrement à la charge de Michon.

**123.** ***Unklagbarkeit von Forderungen für Wirthszeche. Vorbehalt des kantonalen Rechts. Art. 231 O.-R.***

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 29. November 1884 i. S. A. Sch. c. J. N.

Die Forderung des J. N. stützt sich in der Hauptsache auf eine Schuldurkunde vom 27. November 1879 unterzeichnet von A. Sch. lautend auf Fr. 673. 25 und Fr. 3. 60. Der Beklagte erhob u. A. die Einrede, es handle sich um eine Zechschuld. Eventuell wurde die Forderung quantitativ bestritten und die Vorlage des Buches in Original behufs Prüfung der einzelnen Forderungsposten verlangt. Die erste Instanz erachtete die Schuldurkunde als vollbeweisend und lehnte desshalb das Begehren um Spezifikation ab. Das Obergericht wies jedoch auf die Berufung des Beklagten den Prozess an die erste Instanz zurück, behufs Einholung eines Berichtes von der Polizeibehörde Z. über den Charakter der Wirthschaft, und verpflichtete den Kläger, sein auf die Streitsache bezügliches Buch und eine spezielle Rechnung einzugeben.

Motive: Wenn auch das Obligo sagt, die Schuld rühre her von geleisteter Kost, Logis und Darlehen, so muss die Einrede des Beklagten doch gehört werden, indem eine Zechschuld nicht einklagbar ist, auch wenn dafür ein Schuldschein errichtet und eine unrichtige causa debendi vorgeschützt wird, vgl. Art. 513 O.-R. Nach Art. 231 O.-R. bleibt es der Kantonalgesetzgebung vorbehalten, die Klagbarkeit der Forderungen für Wirthszeche zu beschränken oder auszuschliessen, und das Obergericht hat bereits 1881 erklärt (Rechenschaftsbericht S. 21), dass nach thurgauischem Recht für Trinkschulden kein Recht gehalten werde. Der Appellat bestritt zweitinstanzlich nicht, dass der gleiche Rechtsgrundsatz auch im Kanton Zürich, wo die Forderung entstanden ist, gelte. Dafür, dass es sich um Trinkschulden handle, sprechen mehrere Indizien, so der auffallend hohe Betrag der Rechnung für eine verhältnissmässig kurze Zeit. Der Appellant hat sich auf einen Polizeibericht dafür berufen, dass der Appellat eine übel beleumdete Wirthschaft geführt habe, und Spezifikation der Rechnung verlangt. Es ist auf diesen Beweis zu erkennen, indem der Polizeibericht Auskunft über den Charakter der Wirthschaft geben dürfte und die Spezifikation Anhaltspunkte dafür erbringen wird, ob die Forderung ganz oder theilweise auf unrichtiger Grundlage beruht.

124. *Vente. Résiliation. Défauts que l'acheteur ne pouvait découvrir à l'aide des vérifications usuelles. Art. 246 O.-R.*

Neuchâtel. Arrêt du Tribunal cantonal du 7 février 1885 dans la cause Cocker brothers c. Mathey-Frey.

De la correspondance échangée entre parties, il résulte en substance:

Que la maison demanderesse devait fournir au défendeur des aciers doux en bande, 1ère qualité, spécialement destinés à la fabrication de pièces d'horlogerie, les factures payables à 6 mois de date.

Que chaque envoi donnait lieu de la part du destinataire à des observations dont les vendeurs promettaient de tenir compte.

Que Matthey-Frey, qui débitait ces aciers aux ouvriers fabriquant diverses pièces d'horlogerie, dut les retirer en bonne partie comme inservables et qu'après avoir fait part à la maison demanderesse des reproches qu'il recevait de tous côtés, il finit, en novembre 1883 par laisser à disposition de la dite maison la presque-totalité de la marchandise, après avoir tenté, le mois précédent, de lui en adresser en retour une partie qu'elle refusa de recevoir.

L'expertise constate en substance:

Que les aciers livrés par la maison demanderesse, en dépôt dans les magasins du défendeur, sont du poids de 2645 kg. valant, prix facturés par elle, fr. 4221. 10.

Qu'ils sont inservables pour la fabrication des pièces d'horlogerie;

Que, pour vérifier la qualité de ce genre de marchandise, il faut la mettre en oeuvre.

En droit:

Attendu que si, d'après la jurisprudence neuchâteloise, la prise de possession d'une chose vendue dégageait de plein droit le vendeur de toute garantie pour vices cachés, le code fédéral des obligations maintient cette garantie dans de certaines limites, si la chose vendue renferme des défauts que l'acheteur ne pouvait découvrir à l'aide des vérifications usuelles.

Que, dans l'espèce, l'essai des aciers est, d'après les experts, du domaine de l'ouvrier qui les travaille et qui seul peut s'assurer, par la trempe, de leurs propriétés.

Que Matthey-Frey ne met pas lui-même en oeuvre les aciers qu'il détaille et qu'il ne peut donc s'assurer par lui-même des propriétés de ce genre de marchandise dont les défauts échappent à première vue.

Que, d'après les experts, les aciers de la maison deman-

deresse qui leur ont été soumis sont impropres à l'usage auquel ils étaient destinés, sont, suivant leur propre expression, inservables.

Qu'aussitôt que Matthey-Frey a eu connaissance, par les retours que lui en ont fait ses clients, de la mauvaise qualité de cette marchandise, il en a informé ses correspondants.

Que les défauts de la chose vendue la rendent absolument impropre à l'usage auquel elle était destinée, le Juge ne peut prononcer d'office une réduction de prix.

Que sur un total de marchandises livrées de fr. 4865. 80
le défendeur tient à disposition des vendeurs,
de ces dites marchandises pour une valeur de . . . . . „ 4221. 10
et qu'ainsi il en a disposé à son profit pour
une valeur de . . . . . fr. 644. 70

Attendu que, si le défendeur a souffert dans son crédit auprès de ses clients en leur livrant des aciers inservables, il doit s'en prendre à lui-même de ce dommage par l'insistance qu'il a mise à réclamer de nouveaux envois malgré les appréhensions qu'il manifestait à l'occasion des précédents.

Par ces motifs: Condamne la maison Cocker Brothers limited, à reprendre à elle les aciers qu'elle a expédiés par divers envois à Ed. Matthey-Frey et laissés pour compte par celui-ci dans ses magasins, suivant état dressé par les experts, auquel soit recours.

---

**125.** ***Miethe. Zusatz zu dem in N° 41 dieses Bandes mitgetheilten Präjudiz, betr. einseitige Auflösung des Miethvertrages, Art. 277 O.-R.*** (Vgl. III, N° 42.)

**Zürich.** Urtheil des Kassationsgerichtes vom 15 Januar 1885 i. S. Harder-Dändliker c. Wipf.

Gegen das Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. September 1884 legte Wipf beim Cassationsgericht Nichtigkeitsbeschwerde ein. Bezüglich der Anwendung von Art. 277 O.-R. erklärte dann das Kassationsgericht:

Allerdings ist der Miether, welcher durch den Vermiether beharrlich im ruhigen Gebrauche der gemietheten Sache gestört wird, berechtigt, je nach Umständen sofort oder nach fruchtlosem Ablaufe einer gesetzten Frist vom Vertrage zurückzutreten. Es folgt dies indess schon aus der Natur der zweiseitigen Verträge überhaupt und der dem Vermiether obliegenden Verpflichtung insbesondere, ohne dass es der etwas gezwungenen vom Vorderrichter angewendeten Analogie mit Art. 277 O.-R. bedurfte.

---

126. *Miethe. Klage des Miethers auf Aufhebung des Miethvertrages wegen angeblicher erheblicher Schmälerung des vertragsgemäss eingeräumten Gebrauches. (Errichtung einer Privatheilanstalt im gleichen Hause). Art. 277 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 23. Januar 1885, vom Appellationsgericht bestätigt am 5. März, in Sachen Epstein c. Stauber.

Der Kläger bewohnte mit seiner Familie seit fünf Jahren den zweiten Stock eines dem Beklagten gehörigen Hauses. Da die Wohnung für den Kläger eine in jeder Beziehung äusserst angenehme war, bewog er den Eigenthümer zu Anfang Juli 1884 zum Abschluss eines Miethvertrages auf drei Jahre gegen einen jährlichen Miethzins von 1050 Fr.

Noch im gleichen Jahre nun, nämlich seit 1. Oktober 1884, wurde in dasselbe Wohnhaus die Privatkrankenheilanstalt des Professors Dr. J. J. Bischoff verlegt; sämmtliche Zimmer des Erdgeschosses und ersten Stockes wurden in Folge dessen als Krankenzimmer eingerichtet, so dass das Haus nach Ansicht des Klägers nicht mehr einem Wohnhaus, sondern einem kleinen Spital gleichkommt. Mit einer solchen Einrichtung eines Spitals im nämlichen Hause ist nun der Miether Epstein nicht einverstanden, indem daraus für ihn eine Reihe von Uebelständen und Unbequemlichkeiten entstünden, welche er sich als Miether nicht müsse gefallen lassen. Als diessfallsige Vorstellungen beim Vermiether Stauber nicht die gewünschte Abhilfe brachten, erhob Epstein Klage gegen Stauber. Er stellte das Begehren, dass der Beklagte angehalten werde, dem Inhaber der Krankenheilanstalt die Miethe auf den 1. April 1885 zu künden. Eventuell verlangte er Aufhebung des Miethvertrages. Im Weiteren wurde eine Entschädigung von 1000 Fr. beansprucht. Der Beklagte anerbot sich, den Kläger auf den diesem genehmen Zeitpunkt gegen Bezahlung des Miethzinses bis zum Tage der Räumung aus dem Miethvertrage zu entlassen. Die Verhandlung ergab im Wesentlichen:

In der betreffenden Anstalt können 7, im Nothfall 9 Kranke Aufnahme finden; bisher wurden nur Frauenkranke aufgenommen, was jede Ansteckungsgefahr für die Miethbewohner ausschliesst.

Es findet daselbst wöchentlich höchstens eine Operation statt, ausgeführt von Prof. Bischoff unter Assistenz eines Arztes und 3 bis 4 Diakonissinnen.

Der Beklagte wurde bei seinem Anerbieten behaftet. Die übrigen Rechtsbegehren wurden abgewiesen.

Motive: Im vorliegenden Fall frägt es sich, ob der Miether dadurch, dass im nämlichen Hause eine Privatheil-

anstalt eingerichtet worden ist, in der vertragsmässigen Benützung des Miethobjects gehindert oder erheblich geschmälert wird. Für diese seine Behauptung stützt sich der Kläger auf eine Reihe von Thatsachen, die an und für sich wohl seinem subjectiven Empfinden lästig sein können, und es mag wahrscheinlich sein, dass wenn die Anstalt schon früher in dem betreffenden Hause eingerichtet gewesen wäre, oder überhaupt nur an die Möglichkeit einer solchen Einrichtung hätte gedacht werden können, der Miether niemals den betreffenden Miethvertrag würde abgeschlossen haben. Immerhin kann das subjective Empfinden eines einzelnen Individuums für die Frage, ob eine Störung vorliege, nicht massgebend sein, sondern es kommt nach Art. 277 O.-R. darauf an, ob der vertragsgemässe Gebrauch der Sache durch irgend eine dem Vermiether zur Last fallende Ursache ausgeschlossen, oder in erheblicher Weise geschmälert sei. Bei Wohnungsmiethe beschränkt sich aber der vertragsgemässe Gebrauch nach der Natur der Sache auf die Möglichkeit, die gemietheten Räumlichkeiten ungefährdet und ungehindert bewohnen zu können, kann sich aber nicht auch darüber hinaus auf äussere Umstände, welche das Wohnen in den betreffenden Räumlichkeiten je nach der subjectiven Ansicht des einzelnen Bewohners mehr oder minder angenehm machen, erstrecken, sofern diessbezüglich nicht besondere Vereinbarungen zwischen den Parteien getroffen wurden. Eine solche Vereinbarung hat nun der Kläger nicht nachgewiesen; sie kann auch nicht etwa als eine stillschweigend gewollte in der von ihm angeführten Thatsache gefunden werden, dass der Kläger 5 Jahre lang das Haus ohne solch unangenehme Mitbewohner in Gestalt einer Krankenheilanstalt innegehabt und bloss in der zuversichtlichen Erwartung, dass der bisherige Zustand fortdauern werde, einen festen Miethvertrag auf 3 weitere Jahre abgeschlossen hatte.

---

**127.** *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Die Folgen des Verzugs richten sich nach dem alten Recht, wenn die Forderung vor dem 1. Januar 1883 begründet wurde. Art. 882 O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes, II. C. A., vom 19. December 1884 i. S. Grossenbacher c. Rihs.

Motive: Die Forderung von Verzugszins für den im ersten Klagbegehren geforderten Betrag seit 1. Januar 1883 stützt sich unzweifelhaft auf die Annahme, dass die in Art. 119 O.-R. normirten Folgen des Verzuges, falls der Schuldner schon vorher in solchem sich befand, wenigstens von jenem

Zeitpunkte als demjenigen des Inkrafttretens des schweiz. O.-R. hinweg Platz greifen. Dieser Auffassung kann jedoch mit Rücksicht auf Art. 882 O.-R. (vergl. auch Heuberger, Zeitl. Grenzen der Wirksamkeit des O.-R., § 72, pag. 88, § 73, pag. 92 und Wächter, Pand., Bd. I, pag. 155, Anm. 3) nicht beigestimmt werden, und ist d esshalb dem Kläger bloss Verzugszins seit dem Tage der Klagmittheilung an zuzusprechen.

---

128. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Die Compensation nach dem O.-R. kann auch dann verlangt werden, wenn beide Forderungen vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind. Art. 882, Abs. 3 O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes (Plenum) vom 31. Januar 1885 i. S. Moser c. Spar- und Leihkasse Bern.

Motive: Mit der Annahme, dass die Compensationsvorschriften des O.-R. als ergänzendes kantonales Recht auch grundversicherte Forderungen beschlagen, ist ihre Anwendbarkeit in casu noch nicht ausser Zweifel gestellt. Da beide in Betracht kommenden Forderungen vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind, so frägt es sich immer noch, ob das alte oder neue Recht entscheidend sei. Aus dem Stillschweigen des kantonalen Einführungsgesetzes in Bezug auf die zeitliche Collision lässt sich folgern, dass auch in dieser Hinsicht für die dem O.-R. unterstellten kantonalen Rechtsverhältnisse die Bestimmungen des Bundesrechts (Art. 882 ff.) Regel machen sollen. Nun haben zwei kantonale Obergerichte (Aargau, Revue I, N° 30, Schwyz a. a. O. II, N° 70) angenommen, dass in Fällen, in welchen die beiden sich nach dem 1. Januar 1883 gegenüberstehenden Forderungen vor diesem Zeitpunkte entstanden sind, die Compensation nach dem O.-R. nicht Platz greife. Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen, welche der Motivirung beinahe ganz entbehren, hat sich Heuberger, Zeitliche Grenzen der Wirksamkeit des O.-R., S. 63, dahin ausgesprochen, dass wo nicht vertragliche Rechte auf eine andere Erfüllung begründet sind, die neuen Bestimmungen über Compensation zur Anwendung kommen, „ohne jede Rücksicht darauf, ob die zu verrechnenden Forderungen vor oder erst seit dem 1. Januar 1883 entstanden". Diese Ansicht, für welche wohl auch Schneider, Z. f. schw. R., N. F., Bd. IV, S. 359 angeführt werden darf, ist offenbar die richtige. Nach Art. 882, Abs. 3 O.-R. beurtheilt sich auch der Untergang der vor dem 1. Januar 1883 entstandenen Forderungen, soweit er bloss durch das Gesetz bestimmt wird und die Erlöschungsthatsachen nach dem 1. Januar 1883 eintreten, nach

dem neuen Rechte, und es greift schon desshalb die Kompensation als Erlöschungs- (Untergangs-) Grund von Obligationen nach demselben Platz. Aber auch wenn die Compensation als ein den Parteien vom Gesetze verliehenes Recht, abgesehen von der Durchführung und tilgenden Wirkung, in's Auge gefasst wird, muss seine Existenz unter dem neuen Gesetze angenommen werden, sofern nicht besondere Vereinbarungen entgegenstehen; denn dieses nimmt keine Rücksicht auf die Entstehung der gegenseitigen Forderungen, sondern verlangt nur Gleichartigkeit und Fälligkeit derselben. An diese beiden Voraussetzungen knüpft es das Recht an. Existieren dieselben unter dem neuen Rechte, so fallen sie nicht als vergangene, sondern als gegenwärtig bestehende Thatsachen in Betracht und erhalten durch seine Bestimmungen die juristische Färbung und Wirkung. Der gleiche Gesichtspunkt hat gewiss zur Aufstellung von Art. 887 O.-R. geführt und wenn eine analoge Vorschrift bezüglich der Compensation in den Uebergangsbestimmungen nicht enthalten ist, so kann es wohl nur dem Umstande zugeschrieben werden, dass es hier der Natur der Sache nach noch selbstverständlicher war.

---

129. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers wird durch Art. 885 O.-R. nicht betroffen und kann auch nach dem 1. Januar 1883 gemäss dem zur Zeit des Vertragsschlusses — vor dem 1. Januar 1883 — geltenden Rechte in Anspruch genommen werden.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes, I. Civilabtheilung vom 4. November 1884 i. S. Schmidt c. Rüfli.

Es ist hergestellt, dass der Beklagte Rüfli schon vor Neujahr 1883 wusste, dass der Kläger Schmidt Eigenthümer des gepfändeten Pianos und Dörflinger nur Miether desselben sei. Die Zulässigkeit des Bestandverbots hängt demnach davon ab, ob das bernische Recht (Art. 643 V. V.) oder das neue O.-R. (Art. 294) für den Umfang der Rechte des Vermiethers massgebend sei. Nach Art. 643 V. V. kann der Vermiether — hier nicht in Betracht kommende Ausnahmen abgerechnet — für seine Miethzinsforderung die auf dem Miethgegenstande befindlichen Sachen als Pfänder in Anspruch nehmen, abgesehen davon, ob sie dem Miether angehören oder nicht. Nach Art. 294 O.-R. sind dagegen dem Zugriff des Vermiethers diejenigen Sachen entzogen, von welchen er wusste, oder wissen musste, dass sie nicht dem Miether gehören.

Für die Lösung der erörterten Frage fällt der Umstand

entscheidend in's Gewicht, dass der Miethvertrag und die stillschweigende Erneuerung desselben, woraus sich die Zinsforderung des Rüfli herleitet, vor dem Inkrafttreten des O.-R. abgeschlossen wurde und demnach alle Wirkungen und Folgen desselben nach dem alten Rechte zu beurtheilen sind (Art. 882 O.-R.). Zu diesen rechtlichen Folgen gehört aber auch das dem Vermiether durch das Gesetz eingeräumte Pfandrecht. Wenn dem gegenüber der erstinstanzliche Richter auf Art. 885 O.-R. verweist, so muss dieser Hinweis als ein auf Irrthum beruhender bezeichnet werden. Zwar ist ihm darin beizupflichten, dass das Pfandrecht des Vermiethers kein blosses Betreibungs-Pfandrecht im Sinne des Art. 886 O.-R. sei, sondern dass es im materiellen Rechte seine Wurzel habe. Daraus folgt aber nicht, dass es nun unter Art. 885 O.-R. fallen müsse. Diese Bestimmung hat nur auf conventionelle Mobiliarpfandrechte Bezug und darf nicht auf gesetzliche Pfandrechte, wie das vorliegende, ausgedehnt werden. Der Umstand, dass das Bestandverbot nach dem 1. Januar 1883 ausgeführt wurde, führt zu keiner Abweichung vom Grundsatze der Nichtwirkung, da das Bestandverbot nicht selbständig in Betracht kommt, sondern nur bezweckt, das durch Vertrag und Gesetz begründete Pfandrecht des Vermiethers zu realisieren.

---

130. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Schadenersatz für theilweise Verstümmelung der rechten Hand. Ungenügende Schutzvorrichtungen.* (*Mangel einer Verschalung bei Kammrädern.*)

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichtes vom 5. Juli 1884.

Die Klägerin war bei der internationalen Verbandstofffabrik in Schaffhausen als Taglöhnerin angestellt und verdiente einen Taglohn von 1 Fr. 90 Cts. Am 24. November 1883 war sie mit dem Putzen eines Maschinentheiles beschäftigt, während die Maschine im Gang war. Dabei gerieth sie mit der rechten Hand zwischen zwei Kammräder und wurde so verletzt, dass sie den Ringfinger ganz verlor, der kleine und der Mittelfinger aber steif wurden. Diese Verletzung hatte eine Arbeitsunfähigkeit von 74 Tagen zur Folge. Wie sich der Unfall zugetragen hat, konnte ganz genau nicht erhoben werden; dagegen ist so viel sicher, dass der Lappen, den die Klägerin um ihre Hand gewickelt hatte und mit welchem sie ihre Arbeit verrichtete, von dem Getriebe erfasst und die Hand nachgezogen wurde, als sie ein oberhalb des letztern befindliches Kammrad reinigte. Gestützt auf das Fabrik- und das Haftpflichtgesetz verlangte nun die Klägerin Schadenersatz im

Betrage von 3100 Fr. Sie behauptete, das alleinige Verschulden an dem Unfalle treffe die Beklagte. Die beklagte Partei anerkannte an der Klage 800 Fr. Zugebend, dass das Haftpflichtgesetz in Anwendung kommen müsse, nahm sie den Art. 5, lit. a und b. das. für sich in Anspruch, indem sie behauptete, ein Zufall, verbunden mit einer gewissen Ungeschicklichkeit der Klägerin hätten die Verletzung mitverursacht. Die betreffenden Räder seien gegen aussen verwandet, die Maschine überhaupt so construirt, dass ein solcher Unfall nicht habe vorausgesehen werden können.

Der Augenschein, den das Bezirksgericht vornahm, ergab, dass an der hier fraglichen Maschine zwei der Hauptrolle zunächst gelegene Kammräder zur Zeit des Unfalles nicht verschaalt waren, welchem Mangel es allein zugeschrieben werden muss, dass der Unfall sich ereignen konnte. Wenn auch die Lage der Kammräder nicht gerade eine absolute Gefahr bedingte, so konnte doch die Wahrscheinlichkeit leicht eingesehen werden, dass irgend eine willkürliche oder unwillkürliche Bewegung der die Maschine bedienenden Arbeiterin einen Unfall wie den vorliegenden herbeiführen könne.

Das Bezirksgericht mass denn auch der Beklagten alles Verschulden an dem Unfalle zu und verurtheilte dieselbe zur Bezahlung einer Summe von 1650 Fr., nämlich 1500 Fr. für bleibenden Nachtheil und 150 Fr. für die 74tägige Arbeitsunfähigkeit.

Beide Parteien gelangten an das Obergericht und wiederholten hier ihre Anträge. Die klägerische stellte den Satz auf: es seien bei der Ausmessung des Schadenbetrages alle Verhältnisse, nicht nur der Arbeitslohn, zu berücksichtigen, dagegen sei die Maximalsumme, welche das Haftpflichtgesetz festsetze, erst dann zu berücksichtigen, wenn bei Berechnung des vollen Schadenbetrages dieselbe überschritten werden müsste.

Das Obergericht bestätigte das bezirksgerichtliche Urtheil.

Motive: Bei der Frage, ob der Zufall als eine der Ursachen der Verletzung angesehen werden müsse, ist entscheidend der Umstand, dass nach dem Berichte des Bezirksgerichtes der Unfall bei gehöriger Aufmerksamkeit als wahrscheinlich hätte vorausgesehen und durch eine zweckentsprechende Verschaalung hätte vermieden werden können. Da wo aber ein Schaden vorausgesehen und durch irgendwelche Vorkehrungen hätte vermieden werden können, kann von Zufall nicht gesprochen werden, der Erfolg fällt vielmehr dem Fehlbaren, hier der beklagten Partei zur Last. Ein Mit-

verschulden der Klägerin ist nicht erwiesen. Ein solches könnte nach den Ausführungen der beklagten Partei einzig darin erblickt werden, dass sie ein kleines Stück von dem Putzlappen herunter hängen liess und dann der Bewegung des letztern folgte, als er vom Getriebe erfasst worden war. Allein ersteres konnte bei der Arbeit der Klägerin nicht vermieden werden und in letzterem kann ein Verschulden nicht erblickt werden, weil dadurch der Klägerin eine Aufmerksamkeit zugemuthet würde, die ihr vernünftigerweise nicht zugetraut werden kann.

Bei Feststellung der Höhe des Schadensbetrages sind alle Verhältnisse zu berücksichtigen, ohne Zweifel aber auch die Gesetzesbestimmung, dass das Maximum des Schadenersatzes im schwersten Falle den sechsfachen Jahresverdienst des Verletzten und 6000 Fr. nicht übersteigen darf. Mit Rücksicht darauf, dass der Gebrauch der rechten Hand durch die Verletzung der Klägerin für gewisse Arbeiten unmöglich, in allen Fällen aber sehr erschwert ist, mit Rücksicht auf das alleinige Verschulden der beklagten Partei und endlich mit Rücksicht auf den Verdienst, den die Klägerin zur Zeit der Verletzung hatte, ist die Summe von 1500 Fr. für den bleibenden Nachtheil, den die Verletzung zur Folge gehabt, als entsprechend zu erachten. Ebenso ist der Betrag von 150 Fr. für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit entsprechend.

---

131. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 2. Selbstverschulden. Wie weit geht die Pflicht des Fabrikanten zum Anbringen von Schutzvorrichtungen?*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 9. December 1884 i. S. Emma Wullschleger c. Theophil Vischer.

Die Klägerin verunglückte am 31. März 1884 in der Seidenspinnerei des Beklagten, indem sie mit der linken Hand zwischen zwei Zahnräder einer Maschine gerieth. Der kleine Finger und der Ringfinger wurden hiebei so schwer verletzt, dass der erstere ganz, von dem letzteren das dritte Glied amputirt werden musste. Nach Ansicht des behandelnden Arztes hat diese Verstümmelung eine dauernde relative Arbeitsunfähigkeit der Klägerin zur Folge. Die Klägerin arbeitet seit dem Unfall nicht mehr in der Fabrik des Beklagten.

Die Klägerin verlangt nun, gestützt auf das Bundesgesetz betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, Verfällung des Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 3000, eventuell von Fr. 2000 oder einer nach Ermessen des Gerichtes festzusetzenden Summe. Sie stellt den Hergang des Unfalls

folgendermassen dar. Sie sei an einem sogenannten Wattenkopf beschäftigt gewesen und die Bedienung dieser Maschine habe erfordert, dass sie bald auf der hintern bald auf der vordern Seite derselben arbeitete. Sie habe daher regelmässig den schmalen Gang zwischen ihrer Maschine und der daneben stehenden passiren müssen. Am 31. März 1884, Abends 6¼ Uhr, sei sie nun in diesem Gang mit der linken Hand an einem Eisenstab der Nachbarmaschine hängen geblieben und in Folge dessen in das Räderwerk gerathen. Bei der Befreiung der Klägerin aus dieser Lage scheine der Fabrikschlosser unrichtig manipulirt zu haben, und wahrscheinlich sei erst hiedurch der Bruch des vierten Fingers veranlasst worden. Nach dem Unfall sei der Durchpass zwischen den beiden Maschinen erweitert worden.

Die Experten des Gerichtes berichten, die abgehörten Zeugen wüssten im Allgemeinen wenig auszusagen über die Ursache des Unfalls; indessen gebe die an der Nachbarmaschine beschäftigte Elise Bürgi an, die Klägerin habe sich ihrer Maschine, der der Bürgi zugekehrt und mit ihr geplaudert, und wahrscheinlich habe sie sich dabei mit der Hand am Gitter gehalten. Die Experten fügen bei, es sei durchaus unnöthig, sich beim Passiren des Ganges an dem Gitter zu halten; der sichere Durchgang bedinge dies durchaus nicht. Sie ziehen aus ihren Erhebungen den Schluss: „Es ist sehr wahrscheinlich, dass die Wullschleger während des Plauderns sich gedankenlos an den Stäben des Schutzgitters mit etwas vorgestrecktem kleinem Finger gehalten hat, so dass derselbe von den Zahnrädern erfasst werden konnte.“ Ueber ein Verschulden des Fabrikschlossers ist nichts ermittelt worden; die Klagpartei hat daher auch ihre diesbezügliche Behauptung nicht weiter aufrecht gehalten. In Bezug auf den Durchgang sagen die Experten, derselbe sei allerdings etwas eng, im Maximum 70 Cm., im Minimum 42 Cm. breit, er könne aber trotzdem „mit Sicherheit und leicht“ passirt werden, da die Zahnräder durch die Eisengitter, die Riemenscheiben durch kreisrunde Eisenblechscheiben verdeckt seien. Seit dem Unfall sei der Gang nicht erweitert worden; die Versetzung der Maschine müsste deutliche, lange sichtbare Spuren hinterlassen und solche finden sich nicht vor. Die Klage wurde gänzlich abgewiesen.

Motive: Die Klagpartei sucht nachzuweisen, dass ein Verschulden des Beklagten den Unfall veranlasst habe, und will daher den Art. 1 des Haftpflichtgesetzes angewendet wissen. Das Verschulden des Beklagten findet sie darin, dass die von ihm angebrachten Schutzvorrichtungen nicht genügend

seien. Es ist ihr nun unzweifelhaft in der Ansicht beizutreten, dass der Fabrikant verpflichtet sei, Vorrichtungen zum Schutze der Arbeiter anzubringen, und dass in der Missachtung dieser Pflicht ein Verschulden des Art. 1 cit. liegen würde. Diese Pflicht hat indessen ihre durch die Natur der Verhältnisse selbst gezogenen Grenzen; Vorkehrungen, durch welche das Vorkommen von Unfällen geradezu ausgeschlossen wird, können vom Fabrikanten nicht verlangt werden, weil ihm damit eine unmöglich zu erfüllende Verpflichtung aufgebürdet würde. Wäre die Ansicht der Klagpartei richtig, so würde in jedem Falle wegen Verschulden des Fabrikanten geklagt werden können, denn jeder Unfall würde schon durch seine Existenz darthun, dass derselbe nicht genügende Schutzmassregeln getroffen habe.

Man wird vielmehr die in einer Fabrik getroffenen Einrichtungen als genügende bezeichnen und den Unternehmer vom Verschulden in dieser Hinsicht freisprechen müssen, wenn diese Einrichtungen derartige sind, dass die Arbeiter bei Anwendung desjenigen Grades von Sorgfalt, der von jedem Arbeiter verlangt werden kann, als geschützt erscheinen. Der Unternehmer ist berechtigt, bei seinen Arbeitern die Anwendung einer gewissen Diligenz vorauszusetzen. Da nun die Experten erklären, dass die an den Maschinen des Beklagten angebrachten Eisengitter es ermöglichen, den Durchgang zwischen den Maschinen „mit Sicherheit und leicht“ zu passiren, dass es unbegreiflich sei, wie man die Hand in die Räder bringen könne, wenn man sie nicht absichtlich durch das Gitter stecke, so kann dem Beklagten ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden. Das von der Klagpartei eingelegte Circular eines der eidgenössischen Fabrikinspectoren kann nicht als massgebend betrachtet werden. Zunächst knüpft es nur an die Fälle an, wo Arbeiter beim Oelen und Putzen der Maschinen verletzt werden. Wenn es aber auch weiter greifen wollte, so wäre es für den vorliegenden Fall dennoch unerheblich. Wenn der betreffende Fabrikinspector genau solche Gitter im Auge hatte, wie der Beklagte sie verwendet, so beweist sein Circular bloss, dass er den Unternehmern weitergehende Pflichten auferlegen will, als es nach Ansicht des Gerichts das Gesetz thut; die Nichtbefolgung seiner diesbezüglichen Vorschriften ist daher kein Verschulden im Sinne des Gesetzes.

Der Beklagte nimmt den entgegengesetzten Standpunkt ein und behauptet, dass die Klägerin durch eigenes Verschulden den Unfall veranlasst habe. Das Gesetz bestimmt nun in Art. 2, dass der Betriebsunternehmer sich von der Haftpflicht

befreie durch den Beweis, dass der Unfall durch eigenes Verschulden des Getödteten oder Verletzten erfolgt sei. Welchen Grad dieses Verschulden erreichen müsse, wird nicht bestimmt; es ist daher anzunehmen, dass auch geringere Fahrlässigkeit die Haftpflicht ausschliesse, sofern die Verletzung ausschliesslich auf sie zurückzuführen ist. Für die von der Klagpartei vertretene Ansicht, dass dem Arbeiter nur grobe Fahrlässigkeit als Verschulden angerechnet werden dürfe, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Durch die gemachten Erhebungen ist nun festgestellt worden, dass die Klägerin, statt den Durchgang ihrer eigenen Maschine zugewendet und ohne Aufenthalt zu passiren, in dem Gang stehen blieb, der Nachbarmaschine sich zuwendete und mit der an derselben beschäftigten Arbeiterin plauderte; die weitere Thatsache, dass die Klägerin sich an dem Eisengitter hielt, ist zwar nicht stricte bewiesen; der gesammte Sachverhalt zwingt aber zur Annahme, dass dies geschehen sei, dass somit die Klägerin durch eigene Unvorsichtigkeit die Verletzung herbeigeführt habe.

---

132. *Loi fédérale sur l'état civil et le mariage. Art. 56. Exception en non-recevabilité d'une action en divorce entre époux étrangers à la Suisse (ressortissants du Grand-Duché de Bade). Annulation d'office de la procédure.* Cp. N° 79, 100.

**Berne.** Arrêt de la Cour d'appel et de cassation du 18 janvier 1884 dans la cause Louis Hördt c. Justine Hördt.

Le code civil du Grand-Duché de Bade (art. 3 al. 3) ne reconnaît pas les jugements rendus à l'étranger et concernant l'état des ressortissants badois (spécialement en matière de divorce). L'Art. 661 Nr. 5 du Code de procédure civile allemand ne permet pas non plus de supposer qu'un jugement pareil serait exécutoire en Allemagne.

---

133. *Convention franco-suisse pour la garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique. Loi fédérale concernant la propriété littéraire et artistique. Art. 12.*

**Neuchâtel.** Arrêt du Tribunal cantonal du 9 mars 1885 dans la cause Enoch frères et Costallat c. Bettini.

En fait: Vu la demande formée devant le tribunal civil de la Chaux-de-Fonds par les citoyens Enoch frères et Costallat, éditeurs à Paris, au citoyen Raoul Bettini, directeur de la troupe dramatique du théâtre de la Chaux-de-Fonds, demande concluant à ce qu'il plaise au Tribunal cantonal:

a) Condamner R. Bettini à payer aux requérants, à titre de dommages-intérêts pour avoir contrevenu à leur égard, dolosivement et dans l'intention du lucre, aux conventions sur la propriété littéraire et artistique, la somme de mille francs ou ce que Justice connaitra;

b) Ordonner la confiscation de tous les exemplaires et partitions de l'orchestration Provesi;

c) Dire que le jugement sera publié, in extenso ou par extrait, aux frais de R. Bettini, par trois insertions dans la Feuille officielle, la Suisse libérale et le National suisse, ou tout autre journal.

Cette demande est fondée sur le fait que Bettini a, sans autorisation des éditeurs, donné à la Chaux-de-Fonds, à Neuchâtel et à St. Imier en octobre 1884 sept représentations de l'opéra-comique „François les Bas Bleus" qui ont été très-lucratives.

Vu la réponse du défendeur concluant à ce qu'il plaise au Tribunal:

1. Donner acte aux demandeurs qu'il consent à payer un tantième sur la base de l'article 7 de la loi fédérale qui fixe le maximum à 2% de la recette, maximum que le Tribunal aurait à réduire selon son appréciation en tenant compte des circonstances de la cause;

2. Déclarer mal fondées les conclusions de la demande.

Cette réponse est fondée sur les faits résumés comme suit: Ce n'est que par l'introduction de l'instance que Bettini a eu connaissance du dépôt légal fait au Ministère de l'Intérieur à Paris de l'opéra-comique „François les Bas Bleus." Cet opéra a été exécuté par la troupe Bettini, cinq fois à la Chaux-de-Fonds avec orchestre d'amateurs, et une fois à Neuchâtel et à St. Imier avec piano sans orchestre. Jusqu'à maintenant il n'a pas été payé de droits d'éditeur au théâtre de la Chaux-de-Fonds. Les éditeurs, demandeurs au procès, n'y ont pas de représentant, et personne en leur nom n'a donné un avertissement au directeur avant la représentation. Le prix de location des partitions, orchestration et piano et chant est de beaucoup inférieur à la somme réclamée par les demandeurs. Le prix habituel de location de „François les Bas Bleus" en France et pour une ville de 18 à 25000 âmes est de 150 francs pour la saison théâtrale lorsque le théâtre reçoit une subvention municipale; ce chiffre est inférieur quand il n'y a pas de subvention municipale. L'orchestre du théâtre de la Chaux-de-Fonds est un orchestre d'amateurs qui n'est pas attaché à la troupe théatrale. M. Provesi, membre de l'orchestre d'amateurs qui a fait l'or-

chestration de „François les Bas Bleus“ n'est pas attaché à cette troupe. R. Bettini ignorant jusqu'après les représentations le dépôt légal de cet opéra, n'a commis aucune faute en se servant de l'orchestration Provesi et en exécutant la pièce. Les représentations qu'il a données ont fait vendre un certain nombre de partitions et de morceaux détachés de cette partition, ce qui a procuré aux éditeurs un avantage indirect.

En droit: Considérant que le 29 novembre 1883, en exécution des articles 3 et 4 de la loi du 29 juillet 1881, trois exemplaires de l'opéra-comique „François les Bas Bleus“ ont été déposés au Ministère de l'Intérieur à Paris.

Que les éditeurs de la partition „piano et chant“ de cet ouvrage sont les citoyens Enoch frères et Costallat.

Que les exemplaires des partitions portent les mentions suivantes: „Pour toute la musique, la mise en scène, le droit „de représentation s'adresser à MM. Enoch frères et Costallat, „éditeurs propriétaires pour tous pays. Propriété pour tous „pays, tous droits d'audition, de représentation, d'arrangement „et de traduction reservés. Déposé selon les traités inter„nationaux.“

Que cet ouvrage est une œuvre originale qui en France jouit de la protection légale contre la contrefaçon ou la reproduction illicite.

Qu'à teneur de la convention entre la Suisse et la France pour la garantie réciproque de la propriété littéraire et artistique, cette œuvre jouit en Suisse de la même protection qui lui est accordée en France.

Que cette protection garantie par la loi aux auteurs est aussi accordée aux éditeurs propriétaires de l'œuvre.

Que les demandeurs, éditeurs de l'opéra-comique „François les Bas Bleus“, ont qualité pour poursuivre, de concert avec le citoyen Pascal Delagarde, acquéreur de cette œuvre pour la Chaux-de-Fonds, toute atteinte portée à leurs droits par la représentation illicite de „François les Bas Bleus.“

Que R. Bettini ayant, sans leur autorisation, fait représenter cet opéra-comique, une réparation leur est due pour le dommage que ces représentations ont pu leur occasionner.

Que bien que Bettini allègue son ignorance du dépôt légal de cet opéra, il est néanmoins difficile d'admettre que le défendeur, dont la profession est de faire représenter des œuvres dramatiques, ait pu ne pas savoir que des droits d'auteur ou d'éditeur étaient dus pour cette œuvre, et au surplus cette ignorance a dû cesser pour lui du moment où, étant en possession d'un exemplaire de la partition, il a pu lire les

mentions sus-énoncées qui rappellent les droits acquis aux éditeurs-propriétaires de l'œuvre.

Que c'est donc sciemment que le défendeur a agi.

Que s'agissant de déterminer le montant des dommages et intérêts dus par lui, il y a lieu de faire l'application non pas de l'article 7 de la loi fédérale concernant la propriété littéraire et artistique, mais de l'article 12 de cette loi, et de fixer, à teneur du 2me alinéa de cet article et en tenant compte des diverses circonstances de la cause, le montant des dommages et intérêts à la somme de fr. 200. —

Qu'il n'existe pas de motifs dans l'espèce pour ordonner la confiscation de l'orchestration Provesi et la publication du jugement.

---

134. *Traité franco-suisse du 15 juin 1869. Art. 1er, 2, 6. Séparation de biens d'époux français. Les tribunaux suisses sont compétents pour prononcer la séparation de biens d'époux français domiciliés en Suisse.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 1er avril 1885 dans la cause des époux Erieult-Gay.

Fondée sur l'état de déconfiture de son mari et sur les art. 1071 et 1104 du Code civil vaudois, dame Rosalie Erieult née Gay, à Yverdon, a introduit contre son mari Eugène Erieult, de nationalité française, une instance en séparation de biens.

Bien que le mari Erieult eût donné son consentement à cette demande, le Tribunal civil du District d'Yverdon s'est déclaré incompétent et a refusé de statuer sur le fond, estimant qu'il s'agissait en l'espèce d'une question touchant au statut personnel et devant en conséquence être soumise à l'autorité au pays d'origine des époux.

Ensuite de recours de dame Erieult, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et renvoyé la cause au Tribunal d'Yverdon pour qu'il statuât sur le fond de la cause.

Motifs: Considérant qu'on ne saurait admettre que la séparation de biens touche directement au statut personnel proprement dit des époux.

Attendu que cette mesure a pour but et pour effet non point de modifier réellement l'état et la capacité du mari (art. 10 de la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile), mais seulement d'attribuer à la femme elle-même l'administration et la jouissance de ses biens (Code civil, art. 1071).

Attendu que si la convention de 1869 entre la Suisse et

la France ne mentionne pas les procès en séparation de biens, elle pose cependant, à ses art. 1er et 2, le principe que, dans les contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce, concernant des Suisses domiciliés en France, ou des Français domiciliés en Suisse, l'action sera intentée devant le juge naturel du défendeur.

Qu'en outre, à teneur de l'art. 6 de la dite convention, la faillite d'un Français ayant un établissement de commerce en Suisse peut être prononcée par le tribunal de sa résidence en Suisse, tout comme celle d'un Suisse ayant un établissement de commerce en France peut l'être par le tribunal de sa résidence en France.

Attendu que la séparation de biens, étant une des conséquences de la faillite, doit pouvoir être poursuivie au lieu où celle-ci a été ordonnée.

Qu'il y a du reste des avantages pratiques incontestables à ce qu'une telle action soit portée au lieu du domicile du mari.

Qu'enfin, dans l'espèce, Eugène Erieult consent à la séparation de biens et qu'il n'est jusqu'ici pas intervenu d'opposition de la part de tiers intéressés.

---

135. *Traité Franco-Suisse du 15 juin 1869. Art. 1er. Demande reconventionnelle; incompétence.* (*Voir en sens inverse: Tribunal fédéral Rec. off. IV, p. 267.*)

Genève. Jugement du Tribunal civil du 11 avril 1885 dans la cause consorts Rouvroy de St. Simon c. mariés Cevey.

Quant à la demande reconventionnelle des mariés Cevey:

Attendu que les consorts de Saint-Simon, sans s'expliquer sur son mérite, ont excipé de l'incompétence du Tribunal de céans;

Attendu que cette demande est une demande mobilière et personnelle, intentée par des Suisses envers des citoyens français domiciliés en France;

Vu l'art. 1er du traité franco-suisse du 15 juin 1869;

Qu'aux termes de cet article, elle doit être portée, à supposer qu'elle soit fondée, devant les juges naturels des demandeurs, c'est-à-dire soit devant le Tribunal de Redon, leur domicile réel, soit devant le Tribunal de Gex, tribunal de leur domicile d'élection;

Attendu que c'est en vain que les défendeurs, pour se soustraire à l'obligation qui leur est faite par le susdit traité, allèguent qu'il existe entre la demande principale et la demande

reconventionnelle une certaine connexité qui les autorise à porter leur réclamation devant le Tribunal de céans;

Qu'à supposer que cette connexité existe, aucun article du traité ne dispose que, dans un cas semblable, il sera fait dérogation au principe général posé dans l'art. 1er;

Qu'en l'absence de tout texte prévoyant une semblable exception, le Tribunal doit se déclarer incompétent et renvoyer les défendeurs à mieux agir.....

---

136. *Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869. Art. 5. Heimatlicher Gerichtsstand in Erbschaftssachen. Entscheidung der Frage, ob die Klage ihrem Inhalte nach erbrechtlicher Natur sei.*

**Zürich.** Entscheid der Appellationskammer des Obergerichtes vom 16. Mai 1885 i. S. Diggelmann c. Diggelmann.

Am 25. Mai 1882 starb in Sannois bei Versailles daselbst wohnhaft gewesene Karl Heinrich Diggelmann, gebürtig von Oberstrass, Ct. Zürich. Er hinterliess eine Wittwe, Eugenie geb. Gotty, und als weitere Erben einen Bruder, Joh. Jakob Diggelmann, wohnhaft in Aussersihl, und einen Brudersohn, Joh. Martin Heinrich Diggelmann, wohnhaft in Oberstrass. Die Wittwe setzte sich in den Besitz des Nachlasses und blieb dann auch bis im Frühjahr 1884 ungestörte glückliche Besitzerin. Nun aber wurde sie in ihrer Ruhe gestört. Die beiden genannten legitimen Erben des Erblassers, die den Tod des Letztern erst jetzt erfahren haben wollen, veranlassten eine Inventarisation und Siegelung des Nachlasses. Dem Inventar zufolge bestand derselbe aus Hausrath, einer Forderung auf die Firma Sieber Seydoux & Cie. in Paris, Werthschriften, einem Guthaben auf Joh. Jakob Diggelmann, Baarschaft und einem Grundstücke in Sannois. Sodann hoben die beiden Erben beim Friedensrichteramt Oberstrass, als demjenigen des Heimatsortes des Erblassers, Klage an gegen die in Frankreich wohnhafte Wittwe und reichten dem Bezirksgericht Zürich Weisung ein über folgende Streitfragen:

1. Ist das Testament des verstorbenen Ehemannes der Beklagten, soweit es dieser mehr als 1/3 zu Eigenthum vermacht, ungültig?

2. Sind die Ansprüche der Wittwe Diggelmann bezüglich ihres Weibergutes und sonstiger Sonderforderungen unbegründet?

3. Ist der Nachlass des Diggelmann gemäss den Anträgen der Kläger zu theilen?

Bezüglich der Competenzfrage machten sie geltend, dass der vorliegende Streit vom zuständigen Richter des Heimatsortes des Erblassers entschieden werden müsse, und beriefen sich für die Richtigkeit dieser Behauptung auf den Art. 5 des schweizerisch-französischen Staatsvertrages vom 15. Juni 1869, welcher lautet: „Jede Klage betreffend Liquidation oder „Theilung einer Erbschaft, sei es in Folge von Testament „oder Intestaterbrecht, und betreffend die Abrechnung zwischen „Erben und Legataren ist vor dem Gerichte des Ortes geltend „zu machen, wo die Erbschaft eröffnet worden ist, und zwar, „wenn es sich um die Verlassenschaft eines Franzosen han„delt, der in der Schweiz verstorben ist, vor dem Gerichte „seines letzten Wohnortes in Frankreich, und wenn es sich „um die Verlassenschaft eines Schweizers handelt, der in „Frankreich gestorben ist, vor dem Gerichte seines Heimats„ortes. Immerhin müssen für die Theilung und die Veräusse„rung von Immobilien die Gesetze des Landes, wo dieselben „liegen, beobachtet werden."

Der Vertreter der Beklagten bestritt die Competenz der hiesigen Gerichte, weil es sich überall nicht um eine eigentliche Erbschaftsklage im Sinne der erwähnten Bestimmung des französisch-schweizerischen Staatsvertrages handle, indem die Letztere Alles, was die Kläger herausverlangen, nicht pro herede, d. h. nicht als Erbin, sondern Kraft eines speziellen, vom Erblasser abgeleiteten Erwerbstitels, nämlich einer Schenkung unter Lebenden, besitze. Eventuell wurde geltend gemacht, sei der hiesige Gerichtsstand jedenfalls bezüglich des Nachlasses, soweit derselbe in Liegenschaften bestehe, welche in Frankreich gelegen sind, nicht begründet. Beide Instanzen, Bezirksgericht Zürich und Appellationskammer des Obergerichtes, entschieden indessen zu Gunsten des hiesigen Gerichtsstandes, die Letztere mit folgender Begründung:

1. Die Beklagte stützt sich für ihre Competenzbestreitung darauf, dass der Rechtsstreit keine gemäss Art. 5 des schweizerisch-französischen Staatsvertrages vom 15. Juni 1869 beim Gericht des Heimatsortes des Erblassers zu beurtheilende erbrechtliche Streitigkeit sei, und führt in dieser Hinsicht aus: Sie anerkenne das von den Klägern beanspruchte Erbrecht an sich und wende gegen dasselbe lediglich ein, dass sie, die Beklagte, Eigenthümerin sämmtlicher als Nachlass angesprochener Objekte sei, indem sie dieselben bei Lebzeiten des Erblassers durch Vertrag mit diesem, nämlich Schenkung unter Lebenden erworben habe, somit sei der den Klägern

aus ihrem Erbrecht zustehende Anspruch ohne Gegenstand und also die Klage nicht als eine erbrechtliche aufzufassen, sondern als gewöhnliche Eigenthumsklage und daher beim Ort der belegenen Sache, also in Frankreich anzubringen. Der Vertreter der Kläger gibt zwar keineswegs zu, dass der von der Beklagten angerufene Rechtstitel eine Schenkung unter Lebenden sei, sondern anerkennt nur das Vorhandensein eines Testaments zu Gunsten der Gegnerin, der Vertreter der Letztern indess stellt sich auf den Standpunkt, es sei ebenfalls Sache des Richters des Ortes der belegenen Sache, hierüber zu entscheiden und illustrirt diese Auffassung durch seine Weigerung zur Vorlegung der angeblichen Schenkungsurkunde, indem solche, weil nur vom Richter des Ortes der belegenen Sache zu beurtheilen, in diesem Streite ganz unerheblich sei.

2. Nach Art. 5 des citirten Staatsvertrages ist der von den Klägern in Anspruch genommene Gerichtsstand des Heimatsortes des Erblassers, dessen Voraussetzungen im Uebrigen unbestrittenermassen vorliegen, davon abhängig, ob der Klage erbrechtliche Natur zukomme, überhaupt folgt schon aus der Natur der Sache, dass der Charakter der Klage und nicht derjenige allfälliger Einreden für den Gerichtsstand entscheidend sein muss, denn nur diese ist ein Rechtsbegehren, während die Letztern blosse Mittel zur Abwehr desselben sind. Dagegen kommt es allerdings für die Würdigung der Natur der Klage nicht allein auf die Ausdrucksweise des klägerischen Rechtsbegehrens, wie überhaupt nicht auf die Ausdrucksweise in den Vorbringungen der Parteien an, indem es sonst in der Macht der Letztern liegen würde, durch unrichtige Ausdrucksweise und Verschleierung der Sache die Vorschriften über den Gerichtsstand zu umgehen, sondern, wie hier besonders zu beachten ist, ebensosehr auf den Inhalt des klägerischen Rechtsbegehrens, und dieses letztere wird naturgemäss beeinflusst durch die Rechtsstellung, die der Beklagte einnimmt.

3. Was nun zunächst die äussere Formulirung des Klagebegehrens anbelangt, so besteht dieses jedenfalls mit Bezug auf die erste und dritte Streitfrage in der Geltendmachung von Intestaterbrecht, indem damit Schutz des Pflichttheils gegenüber den Ansprüchen der Beklagten verlangt wird. Dagegen enthält „Streitfrage 2" allerdings einen Angriff auf Ansprüche der Beklagten bezüglich ihres Weibergutes und sonstiger Sonderforderungen; die Begründung der Klage zeigt indess, dass dieselbe auch in dieser Hinsicht durchaus auf

das klägerische Intestaterbrecht gestützt wird. Bezüglich der Frage, ob die Klage ihrem Inhalte nach erbrechtlicher Natur sei, so wird diess dann angenommen werden müssen, wenn die Ansprüche, welche die Kläger erheben, mit Rücksicht auf die geltend gemachten Thatsachen auf Rechtssätze des Erbrechtes zu stützen sind. Die Kläger berufen sich nun auf ihre Blutsverwandtschaft zum Erblasser und führen ihre Ansprüche auf Intestaterbrecht zurück, indem sie auf Grund desselben die Herausgabe des Nachlasses bis zum Betrage ihres Pflichttheils verlangen, der Inhalt dieser Begehren qualifizirt sich als ein solcher erbrechtlicher Art. Der Vertreter der Beklagten wendet nun freilich ein, die Klage sei desshalb keine Erbschaftsklage, weil die Beklagte nicht Erbrecht, sondern einen singulären Rechtstitel geltend mache, im Streite liege die Zugehörigkeit der in Anspruch genommenen Sachen zum Nachlass, so dass das Klagebegehren Angesichts dieser Erklärungen als Vindication erscheine. Es ist zu untersuchen, ob diese Ausdrucksweise des Vertreters der Beklagten, die allerdings auf den ersten Blick nicht auf einen Streit erbrechtlicher Natur hinzuweisen scheint, im Einklang stehe mit dem materiellen Inhalte dieses Rechtsstandpunktes und nicht vielmehr zu dessen Verdeckung gewählt sei. Die beklagtische Darstellung dürfte nun wohl unter der Voraussetzung als richtig gelten, wenn die Klagebestreitung wirklich gestützt würde auf einen, vom Erbrecht der Kläger unabhängigen Rechtsgrund, und als solcher wäre jeder Bestreitungsgrund zu betrachten, der in gleicher Weise auch dem Erblasser gegenüber, falls dieser Kläger wäre, geltend gemacht werden könnte, denn dann fiele allerdings das von den heutigen Klägern geltend gemachte Erbrecht ausser Betracht. Diese Voraussetzung trifft nun aber keineswegs zu. Die Klagebestreitung geht nämlich auf Verneinung des klägerischen Angriffes auf die von der Beklagten behauptete angebliche Schenkung unter Lebenden, nun wird aber jener Angriff, welcher für den Umfang und Inhalt des Streites massgebend ist, nicht etwa auf Undank des angeblich Beschenkten oder Uebermass der angeblichen Schenkung gestützt, sondern die Klage gründet sich in dieser Hinsicht auf die Ungültigkeit des beklagtischen Rechtstitels wegen Collision mit dem Pflichterbenrecht der Kläger, und somit ist die Bestreitung eine solche des Anspruchs auf den Pflichttheil, also eines erbrechtlichen Anspruches. In der Einwendung der Beklagten, dass ihr die behauptete Schenkung unter Lebenden am Nachlass in seiner Totalität ein besseres Recht gebe, als dem

Erben zustehe, liegt überhaupt die Negation des Erbrechts, weil beide Ansprüche, da sie den nämlichen Gegenstand haben, unvereinbar sind. In diesem Falle ist es daher, wie ein Entscheid in Seuffert's Archiv, Band XXI bei N° 244 ausführt, so zu halten, wie wenn der Beklagte pro herede, d. h. mit Behauptung eigenen Erbrechtes oder pro possessore, lediglich unter Berufung auf seinen Besitz den Erbschaftsanspruch bestreiten würde, wie denn auch schon das römische Recht die hereditatis petitio auf diesen Fall ausdehnte. Wenn aber auch in diesem Rechtsstandpunkt der Beklagten nicht eine blosse Klagebestreitung, sondern die Erhebung einer Einrede privatrechtlichen Sinnes zu erblicken wäre, so müsste die Klage nichtsdestoweniger als erbrechtliche betrachtet werden, wegen des darin liegenden, auf das Erbrecht gestützten Angriffes, und weil es die Natur dieses letztern, nicht die Einrede ist, welche über den Gerichtsstand entscheidet. Die Klage erscheint somit überall als eine erbrechtliche und die Berufung der Kläger auf den in Art. 5 des Staatsvertrages normirten heimatlichen Gerichtsstand ist daher begründet.

4. Gegenüber dem eventuellen Standpunkt der Rekurrentin, dass jedenfalls bezüglich des Nachlasses, soweit derselbe in Liegenschaften besteht, welche in Frankreich gelegen sind, der hiesige Gerichtsstand nicht begründet sei, ist zu bemerken, dass der Staatsvertrag mit Rücksicht hierauf nur die Anwendung des am Orte der belegenen Sache geltenden Rechtes vorbehält, ohne den heimatlichen Gerichtsstand auszuschliessen, dass gegentheils die Ausdrucksweise in Art. 5 mit „immerhin" „toutefois" etc. die Auslegung entschieden unterstützt, welche im Staatsvertrag sogar die ausdrückliche Bestätigung des Gerichtsstandes der Heimat des Erblassers auch in der erörterten Beziehung findet.

---

137. *Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Nordamerika vom 25. November 1850. Art. 6. Bei Streitigkeiten über einen in Nordamerika liegenden Nachlass gilt für Forderungsrechte das forum domicilii des Erblassers, für Liegenschaften das forum rei sitae.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes, II. Abth., vom 5. März 1885: i. S. Brossard c. Brossard.

Célestin Brossard war während vielen Jahren in Nordamerika und seit 1876 in Thun niedergelassen. Bei seinem im Jahr 1882 erfolgten Absterben hinterliess er ausser dem in Thun befindlichen Vermögen Zinsschriften und Depotscheine

über Geldhinterlagen, beides auf Schuldner in Nordamerika lautend, sowie das Eigenthumsrecht an einem Loose Ackerland in Higland, Nordamerika. Als der Bruder des Brossard gegen dessen Wittwe vor den Gerichten in Thun mit einer Klage auftrat, worin er von ihr als Nutzniesserin des Nachlasses Anerkennung seines Erbrechtes an demselben, Errichtung eines Inventars und Sicherheitsleistung verlangte, warf die Beklagte die Einrede auf: „Die bernischen Gerichte seien nicht competent, die in der Klage enthaltenen Rechtsbegehren zu beurtheilen, soweit sich dieselben auf die in Nordamerika befindliche Verlassenschaft beziehen." Diese Gerichtsstandseinrede wurde bezüglich des Grundeigenthums in Nordamerika erst- und oberinstanzlich zugesprochen, im Uebrigen aber abgewiesen.

Motive: Die Frage nach der Nationalität des Erblassers kann hier ganz bei Seite gelassen werden, denn der Vertrag mit Nordamerika vom 25. November 1850 und namentlich der Art. 6 desselben lautet ganz allgemein und kommt insbesondere auch in dem Falle zur Anwendung, dass ein Angehöriger des einen Vertragsstaates auf dem Gebiete des andern Vermögen hinterlässt (vgl. Urtheil des Bundesgerichtes in Sachen Wohlwend, Bd. IX, 507). Es ist auch klar, dass man es vorliegend mit einer Erbschafts-Streitigkeit im Sinne von Art. 6 des Vertrages zu thun hat. Die daherigen Einwendungen der Incidentalbeklagten sind nicht stichhaltig. Die Natur einer Klage ergibt sich nicht allein aus der Fassung der gestellten Rechtsbegehren, vielmehr auch aus deren Begründung, und es erhebt denn wirklich auch Nep. Brossard Anspruch auf die Erbschaft als solche, bezw. den Nachlass seines Bruders Cél. Brossard sel. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Incidentalbeklagte nicht die Herausgabe der Erbschaftssachen verlangt, indem der Incidentalklägerin laut Testament für die Zeit ihres Wittwenstandes die Nutzniessung am ganzen Vermögen ihres verstorbenen Ehemannes zusteht. Mithin hat in casu Art. 6 des erwähnten Vertrages Platz zu greifen und die Competenzeinrede der Wittwe Brossard ist von diesem Standpunkte aus zu beurtheilen. Was zunächst den beweglichen Theil der Verlassenschaft betrifft, so herrscht unter den Parteien eigentlich nur Streit mit Bezug auf die sogenannten amerikanischen Werthschriften. Nun weist das Bundesgericht in dem vorerwähnten Urtheile in Sachen Wohlwend darauf hin, dass Art. 6 des Vertrages vom 25. November 1850 nicht schlechthin den Grundsatz der lex rei sitae für Erbschaftsstreitigkeiten

sanktioniren wollte, sondern dass der Ausdruck „die Gerichte (und die Gesetze) des Landes, in welchem das Eigenthum gelegen ist," in Anlehnung an die Uebereinkunft von 1848 in dem Sinne zu verstehen sei, dass wenigstens mit Rücksicht auf das bewegliche Vermögen der Gerichtsstand des letzten Wohnortes des Erblassers als das competente Forum anerkannt werden sollte, zumal das englisch-nordamerikanische Recht in Uebereinstimmung mit der sonstigen allgemeinen Doctrin und Praxis des internationalen Privatrechts von dem Gesichtspunkte der Einheit der Erbschaft ausgehe und als Ort der Lage der beweglichen Nachlassstücke das letzte Domicil des Erblassers betrachte. In der That dürfte denn auch im Zweifelsfalle nicht angenommen werden, dass die contrahirenden Staaten durchwegs anerkannten Rechtsnormen zu derogiren und den Gerichtsstand von der zufälligen momentanen Lage der beweglichen Nachlassstücke abhängig zu machen beabsichtigten. Bezüglich der Forderungsrechte zumal muss das Gesagte in besonderem Masse als zutreffend gelten, da eine Forderung des Erblassers an einem amerikanischen Schuldner keineswegs als in Amerika gelegen betrachtet werden kann und zwar auch dann nicht, wenn zufällig die dafür ausgestellte Schuldurkunde sich in Amerika in Verwahrung befinden sollte (vgl. das bundesgerichtliche Urtheil in fine). — Schwieriger ist die Entscheidung hinsichtlich des zum Nachlasse gehörenden Grundeigenthums. Nach dem Tenor der bundesräthlichen Botschaft sollte man annehmen, der Grundsatz der Einheit der Erbschaft habe auch mit Bezug auf die Immobilien Platz zu greifen und es sei auch hier der Richter des Ortes zuständig, wo der Erblasser zuletzt gewohnt. Immerhin möchte es aber doch als bedenklich erscheinen, die Jurisdiction über die Erbfolgeansprüche in einem in Nordamerika gelegenen Immobiliarnachlass den dortigen Gerichten zu entziehen und den hiesigen Gerichten zu vindiciren, namentlich mit Rüchsicht darauf, dass der Zusatz „bewegliches und unbewegliches" Eigenthum aus dem Grunde gestrichen wurde, weil die Vereinigten Staaten die durch die Gesetzgebung einzelner Vereinsstaaten ausgeschlossene Fähigkeit Fremder zum Erwerbe von Grundeigenthum nicht staatsvertraglich anerkennen wollten. Daraus muss doch wohl geschlossen werden, dass Streitigkeiten bezüglich der Succession in einem in Nordamerika gelegenen Immobiliarnachlass vor dem dortigen Richter nach dortigen Gesetzen zu entscheiden sind und dass die nordamerikanischen Behörden das Urtheil einer hiesigen Gerichtsstelle nicht respectiren würden, soweit es sich auf den dort gelegenen unbeweglichen Theil einer

Verlassenschaft bezieht. Aus den bisherigen Erörterungen erhellt, dass das erstinstanzliche Urtheil lediglich zu bestätigen ist. Der Umstand nämlich, worauf heute von Seite der Wittwe Brossard besonderes Gewicht gelegt wurde, die Ernennung von Testamentsexecutoren, ist vorliegend völlig unerheblich, denn dem Erblasser steht es offenbar nicht zu und war es wohl auch nicht seine Absicht, durch eine derartige Massregel einen von Gesetz und Vertrag abweichenden besondern Gerichtsstand für Erbschaftsstreitigkeiten zu begründen, vielmehr haben die Testamentsexecutoren bei der Ausführung ihrer Obliegenheiten, so gut wie die Parteien selber, dem Rechte, wie solches durch den Staatsvertrag normirt worden, sich zu unterwerfen.

---

138. *Verweigerung der Vollstreckung eines ausser-cantonalen Steuerurtheils. Unanwendbarkeit des Art. 61 B.-V.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 8. Juli 1884 und des Appellationsgerichtes vom 28. August 1884 i. S. des Cantons Waadt und der Gemeinde Châtelard c. Erben Scherb.

Durch Testament vom 11. Juni 1880 hatte die am 11. April 1881 in Clarens verstorbene Luise Scherb die Beklagten mit Belastung von Legaten im Betrag von Fr. 286,500 zu ihren Erben eingesetzt. Durch Act des Friedensrichters in Montreux vom 14. April 1881 wurde dieses Testament homologirt und die Beklagten in den Besitz des Nachlasses eingewiesen.

Auf Grund eines Gesetzes vom 25. November 1880 und eines Decrets des waadtländischen Grossen Rathes vom 25. November 1879 beanspruchte der Canton Waadt vom Nachlass der Luise Scherb eine Erbsteuer von Fr. 43,474. 13 und die Gemeinde Châtelard eine solche von Fr. 65,211. 19, zusammen also Fr. 108,685. 32. Da die Testamentserben diese Forderung bestritten, erhoben die beiden Ansprecher auf Grund von Art. 27, l. 4, des Gesetzes über Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 Klage beim Bundesgericht, wurden jedoch durch Entscheid vom 7. Juli 1882 damit angebrachtermassen abgewiesen, da der geltend gemachte Anspruch nicht civiler, sondern administrativer Natur sei und daher nicht der Competenz des Bundesgerichtes unterliege.

Die Kläger wandten sich hierauf an das Bezirksgericht Vivis und dieses verfällte durch Urtheil vom 7. December 1882 die Beklagten in contumaciam und in solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung der geforderten Beträge.

Auf Grund dieses Urtheils liessen nun die Kläger gegen die Beklagten Betreibung in Basel anheben. Die Beklagten schlugen jedoch Recht dar und es stellten daher die Kläger das Begehren um Bewilligung der Vollstreckung des waadtländischen Urtheils. Sie wurden jedoch vom Civilgericht abgewiesen.

Motive: Da die Execution von Erkenntnissen aussercantonaler Behörden in Steuersachen durch keinerlei Bundesvorschriften geboten ist und auch kein Concordat besteht, welches die Gewährung einer solchen Execution zum Gegenstand hätte, so bleibt lediglich zu untersuchen, ob nach hiesigem cantonalen Recht die Execution gefordert werden könne. Dabei muss von dem durch das Appellationsgericht in dem oben erwähnten Urtheil ausgesprochenen Grundsatz ausgegangen werden, dass die Vollstreckung abzulehnen ist, sofern sie nicht durch das Gesetz vorgeschrieben oder wenigstens gestattet wird.

Nun hat der § 258 unserer Civilprocessordnung, der von der Vollstreckung von Urtheilen auswärtiger Gerichte spricht, offenbar lediglich Urtheile über Civilansprüche im Auge. Denn nach § 26 des Gesetzes über Gerichtsorganisation vom 1. Februar 1875 entscheidet das Civilgericht nur über Civilstreitigkeiten und die ganze Processordnung regelt daher auch nur das Verfahren für Ansprüche civilrechtlicher Natur. Allerdings spricht der § 258 im Allgemeinen von Urtheilen auswärtiger Gerichte, doch ist dies leicht dadurch erklärlich, dass der Gesetzgeber in einer Civilprocessordnung eine genauere Bezeichnung für überflüssig erachtete, oder auch dadurch, dass der Gesetzgeber nicht nur an Civilurtheile, sondern auch an solche Strafurtheile dachte, welche zugleich einen civilrechtlichen Ersatzanspruch regeln. Wollte man überhaupt jede Art von Urtheilen auswärtiger Gerichte unter die Geltung des § 258 ziehen, so müsste man auch zur Vollstreckung von polizeigerichtlichen und strafgerichtlichen Urtheilen gelangen, welche Geldbussen aussprechen. Dass dieses aber nicht die Meinung des Gesetzgebers ist, hat das Appellationsgericht schon in seinem Urtheil in Sachen Meyer c. Präfectur Courtelary vom 21. August 1879 festgestellt.

Es fragt sich nun, ob eine Steuerforderung als Civilanspruch angesehen werden muss. Diese Frage ist zu verneinen. Denn das Recht zur Erhebung von Steuern ist ein Ausfluss der Staatshoheit und der darauf gegründete Anspruch gegen den Einzelnen auf Leistung der ihn treffenden Steuersumme gehört somit in das Gebiet des öffentlichen Rechts.

Hieran wird nichts geändert durch den Umstand, dass in einzelnen Staaten und Cantonen auch Steueransprüche der Cognition des Civilrichters unterliegen; denn nicht auf die Person des erkennenden Richters, sondern auf die Natur des zu entscheidenden Anspruchs kommt es an. Wenn die Klage behauptet, dass auch in Basel der Civilrichter in Steuersachen erkenne, so ist dies nur insofern richtig, als durch seine Hände die Eintreibung der Steuerforderungen geht, weil es der Gesetzgeber für einfacher gehalten hat, für solche Forderungen nicht eine besondere Executionsinstanz zu schaffen; in derselben Weise werden hier auch Geldbussen des Strafgerichts eingebracht und doch steht, wie schon gesagt, fest, dass auswärtige Strafurtheile, welche auf Geldbussen gehen, desshalb doch nicht hier executionsberechtigt sind. Wenn die Klagpartei das Urtheil Finanzdepartement c. Erben Panchaud vom 22. December 1882 angeführt hat, so ist dieser Hinweis nicht zutreffend; denn dort trat das Civilgericht nur insoweit in das Materielle der Sache ein, als die Ermittlung einer böswilligen Absicht des Steuerdefraudanten in Betracht kam, indem es annahm, dass diese Frage richterlicher Natur sei. Dagegen auf die Frage der Taxation und Anwendbarkeit der Steuer im concreten Falle ist es nicht eingetreten und wäre dazu auch nach §§ 32 ff. des Steuergesetzes nicht befugt gewesen.

Wenn sodann endlich die Klagpartei hervorhebt, dass nach der alten Civilprocessordnung, an deren Grundsätzen in diesem Punkte durch die Civilprocessordnung von 1875 nichts geändert werden sollte, Ansprüche auf Bezahlung auswärtiger Steuern hier geltend gemacht werden konnten, so ist dem entgegenzuhalten, dass die alte Processordnung nicht die Execution auswärtiger Steuererkenntnisse befiehlt, sondern im Gegentheil die Entscheidung darüber, ob das ausländische Gesetz hier zur Anwendung komme und ob die gestellte Forderung dem massgebenden Gesetze entspreche, dem hiesigen Richter vindicirt (§ 60 des Ergänzungsgesetzes für das civilrechtliche Verfahren vom 2. November 1863). Im vorliegenden Fall wird sich das Civilgericht über diese Fragen erst schlüssig zu machen haben, wenn der Anspruch materiell hier eingeklagt wird.

In zweiter Instanz beriefen sich die Beklagten auch ihrerseits auf Art. 61 der Bundesverfassung, indem sie behaupteten, dass wenn derselbe die Vollstreckung der rechtskräftigen Civilurtheile vorschreibe, er implicite die Vollstreckung anderer aussercantonaler Urtheile verbiete und so-

mit einen verfassungsmässigen Schutz der Bürger gegen die Vollstreckung der letztern enthalte. Das waadtländische Steuerurtheil dürfe daher hier gar nicht vollstreckt werden.

Das Appellationsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urtheil mit folgendem Zusatze zu den Erwägungen: Nachdem sich das Bundesgericht mit Urtheil vom 7. Juli 1882 zur Anhandnahme dieser Sache incompetent erklärt hat, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um eine privatrechtliche, sondern um eine öffentlich rechtliche Frage handle, kann die Vollstreckung des eingeklagten Urtheils jedenfalls nicht auf Grund von Art. 61 der Bundesverfassung verlangt werden. Denn dieser Artikel statuirt nur eine Verpflichtung zur Vollstreckung civilrechtlicher Urtheile, nicht aber auch eine solche zur Vollstreckung aussercantonaler Buss- oder Steuerentscheidungen, selbst nicht, wenn letztere durch hiezu competente Civilgerichte ausgesprochen werden.

Anderseits gehen aber auch die Beklagten zu weit, wenn sie behaupten, nach § 61 der Bundesverfassung dürfe das Urtheil hier gar nicht vollstreckt werden. Offenbar will die Bundesverfassung nur dafür sorgen, dass die rechtskräftigen Civilurtheile in der ganzen Schweiz vollstreckt werden können, keineswegs aber will sie den Cantonen verbieten, auch andere auswärtige Urtheile zur Vollstreckung zu bringen, sofern sie es für angemessen erachten.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

**139.** *Rechtsmittel der Anrufung des B.-G. in Civilstreitigkeiten. Verhältniss zum kantonalen Processrecht; Abweisung einer Widerklage aus processualischen Gründen. Berechnung des für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nothwendigen Streitwerthes.*

1. Ist eine Widerklage von dem kantonalen Gerichte wegen mangelnder Processvoraussetzungen angebrachtermassen abgewiesen worden, so kann dieser Entscheid nicht an das B.-G. weitergezogen werden und daher das B.-G. über die Frage der materiellen Berechtigung des Widerklägers nicht urtheilen. Denn da die Abweisung der Widerklage sich lediglich auf kantonales Processrecht gründet, welches der Competenz des B.-G. entzogen ist, so ist durch den kantonalen Entscheid die Rechtshängigkeit der widerklagsweise geltend gemachten Ansprüche definitiv beseitigt.

2. Wird in solchem Falle das die Hauptklage materiell erledigende Urtheil an das B.-G. weiter gezogen, so dürfen bei Berechnung des Streitwerthes, von welchem die Weiterziehung an's B.-G. abhängig ist, die mittelst der Widerklage geltend gemachten Ansprüche nicht in Berücksichtigung gezogen werden.

3. Ist die Zulässigkeit der Weiterziehung vom Werthe des Streitgegenstandes abhängig, so werden mehrere in einer Klage geltend gemachten Ansprüche insofern zusammengerechnet, als sie aus demselben Rechtsgrunde (Rechtsverhältnisse) erhoben werden. (Entsch. v. 22. Mai 1883 i. S. Keck c. Gaudin.)

---

**140.** *Art. 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-G. in Civilstreitigkeiten. Begründet die Verletzung kantonalen oder ausländischen Rechtes das Rechtsmittel? Zuständigkeit des B.-G. zur Prüfung der Frage, ob eidg. oder ausländisches Recht auf ein concretes Rechtsverhältniss Anwendung finde.*

1. Hat ein kantonales Gericht erkannt, eine (i. c. Compensations-)Einrede sei nicht in processualisch richtiger Form vorgebracht worden und desshalb nicht zu berücksichtigen, so entzieht sich diese Entscheidung, da sie auf Anwendung kantonalen Processrechtes beruht, der Nachprüfung des Bundesgerichtes.

2. Zur Prüfung der Frage, ob auf ein concretes Rechtsverhältniss eidgenössisches oder ausländisches Recht anzuwenden sei, ist das B.-G. competent. Denn wenn auch das eidg. O.-R. keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Grenzen seiner Anwendbarkeit in räumlicher Beziehung enthält, so sind doch nicht etwa die einschlägigen Vorschriften der kantonalen Gesetze in Kraft verblieben, vielmehr ist davon auszugehen, dass das eidg. O.-R. seine Herrschaftsgrenzen in räumlicher (wie unzweifelhaft in zeitlicher) Beziehung selbst und einheitlich normiert; die Aufstellung besonderer ausdrücklicher Gesetzesbestimmungen hierüber ist offenbar nur desshalb unterblieben, weil der Gesetzgeber die dem Sinn und Geist des Gesetzes entsprechende Entwicklung der massgebenden Normen der Doctrin und Praxis überlassen wollte und es nicht als angemessen erachtete, dieselben durch positive durchgreifende Gesetzesbestimmungen zu binden.

3. Wenn aber nach dem Sinn und Geist des eidg. Gesetzes auf ein concretes Rechtsverhältniss nicht eidgenössisches sondern fremdes Recht anzuwenden ist, so ist das B.-G. nicht weiter befugt zu prüfen, ob die kantonalen Gerichte das massgebende fremde Recht richtig angewendet haben. Denn nach Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege ist das Bundesgericht nur insoweit competent, als es sich um Rechtsstreitigkeiten handelt, die nach eidg. Gesetzen zu beurtheilen sind. Die Anwendung des ausländischen, wie des kantonalen Rechts ist demnach der Nachprüfung des B.-G. entzogen, welches ja nur desshalb als Oberinstanz in Civilsachen eingesetzt wurde, um die einheitliche Anwendung des eidg. Rechtes zu sichern. (Entsch. v. 18. Juli 1885 i. S. Scholder c. Wolff.)[1])

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III. S. 184 f.

141. *Art. 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Läuft die Frist zur Weiterziehung von Civilurtheilen aus solchen Kantonen, welche neben der mündlichen auch die schriftliche Mittheilung der Urtheile vorschreiben, von der mündlichen oder schriftlichen Eröffnung an?*

Nach Art. 30 B.-Ges. über Organis. der Bundesrechtspflege läuft die Frist zur Weiterziehung kantonaler Civilurtheile an das Bundesgericht von der „Mittheilung" des angefochtenen Urtheils an. In welcher Form die Urtheilsmittheilung zu geschehen hat und wann dieselbe in Folge dessen vollendet ist, beurtheilt sich nach dem kantonalen Processrechte. Nach zürch. Rechte (§ 193 Abs. 1 des Ges. betr. die Rechtspflege) sind endliche und erstinstanzliche Civilerkenntnisse auch nach mündlicher Eröffnung den Parteien immer noch schriftlich mitzutheilen, sofern nicht darauf verzichtet wurde. Diese Regel gilt auch für handelsgerichtliche Urtheile, da dieselben nach dem zürch. Processrechte endliche sind (§ 549 leg. cit.). Diese schriftliche Mittheilung der Urtheile hat die Bedeutung, dass erst durch dieselbe die kantonalen Rechtsmittelfristen in Lauf gesetzt werden (§ 664 u. 706 leg. cit.). Demnach kann nicht daran gezweifelt werden, dass nach zürch. Rechte die Mittheilung des Urtheils, sofern auf schriftliche Zufertigung nicht verzichtet wurde, erst mit der Zustellung der schriftlichen Urtheilsausfertigung vollendet ist. Dass handelsgerichtliche Urtheile nach § 549 leg. cit. sofort mit der Ausfällung rechtskräftig werden, ändert hieran nichts. Diese Bestimmung ist durch das B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege insoweit aufgehoben, als nach diesem Bundesgesetze handelsgerichtliche Urtheile weiter gezogen werden können; denn es unterliegt ja keinem Zweifel, dass dem Rechtsmittel der Weiterziehung an das B.-G. Suspensiveffect zukommt und dass somit solche kantonale Urtheile, gegen welche dasselbe statthaft ist, vor Ablauf der Weiterziehungsfrist nicht in Rechtskraft erwachsen. (Entsch. v. 18. Juli 1885 i. S. Scholder c. Wolff.)[1])

---

142. *Rechtsmittel der Weiterziehung ans Bundesgericht. Ist eine Aenderung des Klagegrundes in der bundesgerichtlichen Instanz zulässig? Art. 30 B.-Ges. über Organis. der Bundesrechtspflege.*

Zwei Eheleute stellten vor Bundesgericht ein gemeinsames Scheidungsbegehren, gestützt auf Art. 45 B.-Ges. über Civilstand und Ehe, während vor den kantonalen Gerichten nur der

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III S. 187 f.

Ehemann die Scheidung verlangt, die Ehefrau dagegen sich derselben widersetzt hatte. Hierüber sprach sich das Bundesgericht folgendermassen aus: „Da das B.-G. gemäss Art. 30 des B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege bloss zu prüfen hat, ob die kantonalen Gerichte den Thatbestand, wie er ihnen vorlag, richtig beurtheilt, d. h. auf denselben das Gesetz richtig angewendet haben, so erscheint eine derartige Aenderung des Klagegrundes in der bundesgerichtlichen Instanz als ausgeschlossen, und kann sich daher nur fragen, ob ein Scheidungsgrund nach Art. 46 oder 47 B.-Ges. über Civilstand und Ehe vorliege." (Entsch. vom 28. Febr. 1885 i. S. Eheleute Grüter; a. S. d. b.-g. E. XI. 45 f.)

---

143. *1. Haftung für aussercontractliches Verschulden. Sind die kantonalen Gesetzesbestimmungen betreffend die Haftung aus kaufmännischem Rath durch Art. 50 ff. O.-R. ausser Kraft gesetzt? 2. Anwendung des eidg. O.-R. in räumlicher Hinsicht. Grundsätze.*

1. § 1161 f. des Zürch. Priv. Gesetzb., betreffend die Haftung aus kaufmännischem Rathe, ist durch das eidg. O.-R. aufgehoben, da dieses in Art. 50 ff. die Haftung aus unerlaubten Handlungen bezw. für ausserkontraktliches Verschulden erschöpfend normieren will, so dass daneben für Spezialbestimmungen der kantonalen Gesetze kein Raum bleibt. [1])

2. Gültigkeit und Wirkung obligatorischer Rechtsgeschäfte sind, wie in Theorie und Praxis überwiegend anerkannt ist, sofern nicht absolut zwingende Gesetze des Prozessortes entgegenstehen, nach demjenigen Landesrecht zu beurtheilen, welches die Parteien beim Geschäftsabschluss als massgebend entweder wirklich betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger und billiger Weise erwarten konnten und mussten. Mangeln besondere Anhaltspunkte dafür, dass die Contrahenten beim Vertragsschlusse ihr Rechtsverhältniss einem bestimmten Ortsrechte haben unterstellen wollen, so ist das Recht desjenigen Ortes anzuwenden, an welchem der Vertrag entstanden und zu erfüllen ist.[2]) Wenn auch das Wohnsitz-

---

[1]) Vgl. Hafner, Ausgabe des eidg. O.-R. Einleitg. S. XXIV.

[2]) Der in Zürich domizilierte Beklagte hatte den in Berlin wohnenden Klägern, welche dort ein Bankgeschäft betreiben, brieflich den Auftrag zum Einkauf von Eisenbahnactien an der Berliner Börse ertheilt. Kläger hatten diesen Auftrag als Selbstverkäufer ausgeführt, Beklagter aber das Geschäft desshalb nicht als für ihn verbindlich anerkennen wollen, weil er durch betrügerische Handlungen der Kläger zur Ertheilung des Auftrages veranlasst worden sei. (Siehe Schweizer Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen, Bd. IV. No. 11 S. 161 ff.)

recht der Parteien für die Fähigkeit derselben zum Geschäftsabschluss von Bedeutung ist, so kann dasselbe dagegen in der Regel für den objektiven Bestand und die Wirkungen einer Vertragsobligation nicht als entscheidend erachtet werden; bei Anwendung des Wohnsitzrechtes insbesondere auf gegenseitige Verträge würde die Anomalie entstehen, dass Rechte und Verpflichtungen der beiden Contrahenten nach verschiedenen Rechten, also möglicher Weise in ganz verschiedener widersprechender Weise sich regelten; dies entspricht aber gewiss einem vernünftigen Verkehrswillen nicht und es wird dann auch die regelmässige Anwendung des Wohnsitzrechtes in Bezug auf objectiven Bestand und Wirkungen obligatorischer Rechtsverhältnisse von Doktrin und Praxis überwiegend verworfen. (Entsch. v. 18. Juli 1885 i. S. Scholder c. Wolff).

---

144. *Bürgschaftsvertrag; Anwendbarkeit des eidg. O.-R. auf denselben in zeitlicher Hinsicht. Verpflichtung des zahlenden Gläubigers, sich bei der Zahlung die Sicherheiten abtreten zu lassen.*

Ob ein Bürge eine vertragswidrige Nachlässigkeit dadurch begangen habe, dass er bei Zahlung der von ihm eingegangenen Bürgschaftsschuld allfällige Sicherheiten sich nicht hat abtreten lassen, bezw. wie weit in der fraglichen Beziehung die Verpflichtung des zahlenden Bürgen reiche, ist eine Frage, welche nach demjenigen Rechte beurtheilt werden muss, welches zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen Bürgen und Regressschuldner galt und daher die Wirkungen dieses Vertrages bestimmt. Denn da es sich um Vertragswirkungen handelt, so ist die für das anwendbare Recht massgebende juristische Thatsache eben der Vertrag, und es kommt somit darauf an, unter der Herrschaft welchen Rechtes derselbe geschlossen wurde. Ob die Zahlung der Bürgschaftsschuld erst nach Inkrafttreten neuen Rechtes (i. c. des eidg. O.-R.) erfolgte, ist gleichgültig. (Entsch. v. 9. Mai 1885 i. S. Kraus c. Beyer.)

---

145. *Markenschutzgesetz. Gleichzeitige Verfolgung des Verkaufs u. s. w. rechtswidrig bezeichneter Waaren und der Nachahmung der Marken im In- und Auslande.*

Hat Jemand sein Waarenzeichen in das eidg. Markenregister eintragen lassen, so ist demselben gegen rechtswidrige Verwendung des Zeichens auf schweizerischem Gebiete in der Schweiz der civil- und strafrechtliche Schutz des schweiz. Gesetzes zu gewähren, d. h. der Markenberechtigte ist befugt, diejenigen, welche mit einer nachgemachten oder nach-

geahmten Marke bezeichnete Waaren auf schweizerischem Gebiete verkaufen, feilhalten oder in Verkehr bringen, gemäss Art. 18 lit. d des Markenschutzgesetzes in der Schweiz civil- oder strafrechtlich zu belangen. Die Verfolgung dieses Anspruchs wegen Verkaufs u. s. w. rechtswidrig bezeichneter Waaren in der Schweiz wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass gleichzeitig im Auslande der andere Anspruch wegen dort erfolgter Nachahmung oder Nachmachung der Marke geltend gemacht wird; eine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem liegt hierin nicht, da es sich nicht um den gleichen Anspruch bezw. das gleiche Delikt handelt. (Entsch. v. 26. Juni 1885 i. S. Kaufmann.)

---

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

146. *Kaufverträge über Liegenschaften. Vorbehalt des cantonalen Rechts. Die Frage, ob die schriftliche Form des Vertrages vorhanden sei, ist bei Verträgen über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen nach dem cantonalen Recht zu beurtheilen. Art. 10 u. 12 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 17. März 1885, i. S. Dr. Stebler c. Billwiller.

Motive. Es ist darüber zu entscheiden, ob der vom Beklagten für sich in Anspruch genommene Kaufvertrag über eine Liegenschaft durch den Briefwechsel der Parteien zu Stande gekommen sei. Nach Art. 12 des O.-R. wäre dies zu bejahen, „sofern nicht etwas Anderes gesetzlich bestimmt ist.“ Dem Gesetze ist es also ausdrücklich vorbehalten, das, was als schriftliche Form des Vertrages zu betrachten sei, auch anders zu definiren. Dies gilt nicht bloss für die dem schweiz. Obligationenrecht unterworfenen Rechtsmaterien, sondern offenbar auch für das cantonale Recht, wo letzteres in Kraft geblieben ist. Letzteres ist gemäss Art. 12 O.-R. der Fall mit Bezug auf Verträge über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen, also namentlich bei Kaufverträgen über Liegenschaften, für dieses kann das cantonale Recht ja noch weitere Requisite der Rechtsgültigkeit aufstellen. Also beurtheilt sich die Frage, ob die schriftliche Form des Vertrages erfüllt sei, nach dem cantonalen Recht, und zwar nach § 912 des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches. Nach dieser Gesetzesstelle

sind Verträge über Veräusserung oder Verpfändung von Liegenschaften nur insofern gültig, als sie schriftlich abgefasst und unterzeichnet worden sind. Dadurch ist die Gültigkeit solcher Verträge, wenn sie durch telegraphische Correspondenz abgeschlossen wurden, ausgeschlossen, und auch der Vertragsabschluss mittelst Briefwechsels entspricht nur in denjenigen sehr seltenen Fällen dem gesetzlichen Erfordernisse, wo der vom Verpflichteten unterzeichnete und vom Berechtigten geltend gemachte Brief als wirkliche schriftliche Abfassung des Vertrages aufgefasst werden kann. Hiemit stimmt auch die Gerichtspraxis überein, obschon dieselbe offenbar von der Tendenz getragen ist, die Gültigkeit der durch Briefwechsel abgeschlossenen Verträge zu begünstigen. (Siehe das Rechtsgutachten von Bluntschli in Ullmer's Commentar zum Priv.-Ges.-B., zu § 912, Nr. 1388, u. Supplement Nr. 3081.)

---

147. *Unsittliche Leistung. Die Zusicherung, der Wahrheit zuwider Zeugniss ablegen zu wollen, ist eine unsittliche Handlung und der hiedurch bedingte Anspruch nach Art. 17 und 177 O.-R. nichtig.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 28. August 1884 i. S. V. M. c. A. F.

Eine von der Appellantin eingeleitete Vaterschaftsklage war vor Friedensrichteramt durch einen Vergleich erledigt worden, wonach der Appellat sich verpflichtete sofort Fr. 300 zu bezahlen, weitere Fr. 200 am 1. Januar 1884, ferner wenn das Kind, welches von der Appellantin allfällig geboren werde, das Alter von einem Jahr erreicht habe, wieder Fr. 300. Die Familie M., besonders die Appellantin, verpflichtete sich dagegen dem Appellaten zu jeder Zeit dafür Zeuge zu sein, dass die Appellantin nicht von ihm geschwängert worden sei, resp. dass dieselbe nie durch Schuld des Appellaten geboren habe und dass sie über die bezügliche Angelegenheit unverbrüchliches Stillschweigen beibehalten werde.

Die Appellantin klagte nun die mit 1. Januar 1884 fällig gewordenen Fr. 200 ein, wurde jedoch in beiden Instanzen abgewiesen.

Motive: Der Inhalt des in Frage kommenden Vergleichs qualificirt sich nach Art. 17 u. 177 O.-R. als unsittlich und desshalb besteht der Vergleich nicht zu Recht. Unsittlich ist zwar nicht die Erledigung der Vaterschaftsklage auf gütlichem Wege an sich; unsittlich wäre auch nicht die blosse Zusicherung der Geschwängerten über die Person des Schwängerers Stillschweigen zu bewahren; unsittlich aber ist es, wenn einerseits der Schwängerer zu pecuniären Leistungen aus der

Schwängerung angehalten und andererseits ihm zugesichert wird, dass die Appellantin und deren Familie zu jeder Zeit dafür Zeuge sein werden, dass die Appellantin nicht von ihm geschwängert worden sei. Es liegt darin die Verpflichtung auch der Wahrheit zuwider Zeugniss ablegen zu wollen. Ein Anspruch aber, der mit einer Bedingung verbunden ist, welche eine unsittliche Handlung befördert, ist nichtig und somit die eingeklagte Forderung abzuweisen.

---

148. *Responsabilité de l'incapable qui se donne faussement pour capable. Art. 33 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 juin 1885 dans la cause dame Schudel-Rupp c. Union du Crédit.

Le 9 août 1884, Elise Rupp, à Cully, a signé comme endosseur, en faveur de l'Union vaudoise du Crédit à Lausanne, un billet de change de 2300 fr., au 8 novembre 1884. Ce billet avait été créé en renouvellement d'effets antérieurs que Elise Rupp, alors non mariée, avait déjà endossés. Le 9 août 1884, Elise Rupp était mariée depuis deux jours à Jean Schudel; néanmoins elle signa le billet litigieux de son nom de fille.

Le billet n'ayant pas été payé à l'échéance, l'Union vaudoise du Crédit a pratiqué une saisie contre dame Schudel-Rupp pour être payée de son montant. La débitrice a opposé à cette saisie, en se fondant entre autres sur ce que, le jour de la signature du billet, elle était sous puissance de mari et par conséquent incapable.

Le Tribunal du District de Lavaux a repoussé ce moyen et le Tribunal cantonal a confirmé ce prononcé.

Motifs: Sur le moyen consistant à dire qu'Elise Schudel était sous puissance de mari au jour de la signature du billet litigieux.

Attendu qu'il est constant que le 7 août 1884 Elise Rupp a été déclarée unie par les liens du mariage à Jean Schudel.

Attendu, d'autre part, qu'il est établi qu'Elise Schudel a cautionné le billet en cause le 9 août 1884, en signant „Elise Rupp."

Qu'elle avait précédemment signé sous ce dernier nom une série de billets dont celui en cause n'est que le renouvellement.

Qu'il n'est pas établi que l'Union vaudoise ait eu connaissance du mariage d'Elise Rupp.

Qu'en apposant la signature „Elise Rupp", cette dernière s'est faussement donnée pour capable.

Qu'elle est ainsi responsable envers la partie induite en erreur du préjudice qu'elle lui a causé (C. O. 33 § 3).

---

149. *Schadenersatzklage wegen Namensmissbrauchs. Art. 50 u. 55 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 12. August 1885.

X. Y. im Ausland domizilirt als Besitzer eines technisch-industriellen Etablissements wünschte von einer Anzahl Concurrenzetablissements die neuesten Prospecte, Atlanten und Preislisten der gemeinsamen Branche zu besitzen und da er keine Aussicht hatte, dass ihm als Concurrenten solche abgegeben werden, liess er durch seinen in hiesigem Kanton domizilirten noch minderjährigen Bruder Y. Y. Briefköpfe drucken auf den Namen des ihnen befreundeten M. M. in T. Sie lauteten „M. M. Techniker in O.“ Mit diesen Briefköpfen und mit der fälschlichen Unterschrift M. M. versehen, ergingen nun die Circulare an eine grosse Anzahl Etablissements im In- und Ausland um gefällige Einsendung ihrer Prospecte und Preislisten und mit in Aussichtstellung von Aufträgen und Anknüpfung von Geschäftsbeziehungen. Das in Folge dessen für M. M. in O... eingehende Material wurde auf dem Postamt von Y. Y. im angeblichen Auftrag des M. M. in Empfang genommen und an X. Y. abgeliefert. — Nachdem M. M. von diesem Missbrauch seines Namens Kenntniss erhalten hatte, klagte er gegen Y. Y., dieser sei pflichtig alle diejenigen Personen und Firmen, an welche er direct oder durch seinen Bruder X. Y. fälschlich unter dem Namen des Klägers M. M. geschrieben habe, von diesem Namensmissbrauch in Kenntniss zu setzen und die erlassenen fälschlichen Zuschriften zu widerrufen; ferner dem Kläger M. M. Fr. 5000 Entschädigung zu leisten. Der Beklagte Y. Y. anerbot den Widerruf der fälschlichen Zuschriften, verweigerte dagegen jegliche Entschädigung, weil Kläger M. M. durch dieses Vorgehen in seinen persönlichen Verhältnissen nicht verletzt worden sei, und weil er Y. Y. noch minderjährig sei. — Das Kantonsgericht fand jedoch, dass auch eine in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkte Person für den von ihr widerrechtlich gestifteten Schaden verantwortlich sei, sobald sie als zurechnungsfähig erscheine, siehe Note 3 zu Art. 58 O.-R. Schneider u. Fick, und stellte die Klage principiell nach beiden Richtungen aufrecht; dabei wurde die Entschädigung auf Fr. 1000 als den Verhältnissen angemessen festgesetzt.

---

150. *Schadenersatzklage gegen den Verfasser eines Reisehandbuches wegen ungünstiger Qualification eines Restaurants. Art. 50 u. 55 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 11. August 1885.

Im Schweizerführer „Der Tourist in der Schweiz,“ 26. Auflage, 1884, Seite 372 steht die Notiz: „Restaur. u. Cafe's:

C. C. sehr gering." — Der Pächter dieses Etablissements H. E. klagt gegen J. T. als Verfasser des Buchs auf Fr. 5000 Entschädigung wegen Creditschädigung und rechtswidriger Beeinträchtigung seines Gewerbes durch Verbreitung grundloser Nachrichten über sein Etablissement. — Laut seiner Strazze haben die Bruttoeinnahmen in diesem Etablissement betragen im Jahre 1882: Fr. 34630 — 1883: Fr. 30105 — 1884: Fr. 37950 —, doch falle der Einnahmenzuwachs im Jahr 1884 auf die Monate und auf Rechnung des eidg. Turnfestes und des Truppenzusammenzuges der VIII. Division. Laut einer schriftlichen Erklärung von 39 Stammgästen, Honoratioren der Stadt, wurde das Etablissement zu voller Zufriedenheit der Betreffenden geführt und sei die Notiz „sehr gering" durchaus unbegründet. — Kläger begründet seine Klage wie folgt. Die Kritik sei nachweislich unbegründet und objectiv eine rechtswidrige Handlung, für welche Beklagter aufzukommen habe. Sie schade dem Kläger moralisch, aber auch materiell an seinem Vermögen. Das verstehe sich von selbst ohne Beweis. Art und Grösse des Schadenersatzes sei durch richterliches Ermessen zu bestimmen, Fr. 5000 seien nicht zu hoch, da die Verbreitung des Buches, und da die Notiz auch für die Zukunft nachtheilig wirken werde. Der Beklagte bestreitet die Entschädigungspflicht; er verweist auf die Bedeutung solcher Reisebücher für die Fremdenindustrie; auf das Bedürfniss solcher Anleitung bei Auswahl der Gasthöfe für die des Landes nicht kundigen Fremden, auf die Pflicht des Verfassers gegenüber diesen letztern zu wahrer Kritik solcher Etablissemente; auf die Unmöglichkeit fernerer Wirksamkeit in dieser Litteraturbranche, wenn jede abfällige Kritik zu Schadenersatz verpflichten würde, oder wenn sie zum Gegenstand formeller Beweisführung ihrer objectiven Richtigkeit gemacht werden müsste. — Er, J. T., habe daher jedenfalls keine „unerlaubte Handlung begangen" und wenn überhaupt, so doch nicht „widerrechtlich" geschädigt. Seine Notiz beruhe auf seiner eigenen persönlichen Erfahrung bei mehrmaligem Besuch des Etablissements und auf übereinstimmenden Mittheilungen vertrauenswürdiger Gewährsmänner. Die Forderung lasse sich nicht ableiten aus Art. 50 O.-R., weil ein vermögensrechtlicher wirklicher Schaden gar nicht bewiesen sei, und nicht aus Art. 55 O.-R., weil dieser Artikel im Gegensatz zum Art. 50 O.-R. eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse betreffe, eine solche aber nicht vorliege, und auch nicht daraufhin geklagt werde. — Der Beklagte produzirt Kundgebungen von Behörden, Privaten und von angesehenen schweizerischen Gastwirthen über die grossen Ver-

dienste, die er sich mit seinem Buche um die Fremdenindustrie erworben, und über die Zuverlässigkeit und Unparteilichkeit, mit welcher er in seiner schwierigen Aufgabe vorgehe. — Das Kantonsgericht hat in Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheils die Klage abgewiesen.

Motive: Sofern überhaupt die Handlungsweise des Beklagten an sich geeignet erscheint, den Kläger in seinen persönlichen, speziell in seinen beruflichen Verhältnissen ernstlich zu verletzen, oder ihm einen direkten vermögensrechtlichen Schaden zuzufügen, und sofern sie als unerlaubt und widerrechtlich erscheint, so kann dem Kläger seine Forderung, in Uebereinstimmung mit bundesgerichtlichen Entscheidungen, sowohl aus Art. 50 O.-R. als aus Art. 55 O.-R. prinzipiell zuerkannt werden, und ist das Mass der Entschädigung durch richterliches Ermessen zu bestimmen. — Kläger hat zwar weder Eintritt noch Umfang eines wirklich erlittenen vermögensrechtlichen Schadens nachgewiesen. Ein solcher Nachweis ist aber in solchen Fällen auch gar nicht möglich. — Der Schaden besteht darin, dass Reisende, welche das Etablissement besucht haben würden, durch die Buchnotiz sich bestimmen lassen, ein anderes Etablissement zu wählen. Der Schadenbetrag richtet sich nach der Anzahl dieser Reisenden und nach dem Umfang der Consumation, welche sie im Etablissement genommen haben würden, falls sie es besucht hätten. — Nun lässt sich ein solcher Schaden und Betrag überhaupt nicht, auch mit der zuverlässigsten Buchführung nicht annähernd nachweisen. — Allfällige Mindereinnahmen seit der Buchnotiz lassen sich gleich gut wie aus dieser auch aus andern Faktoren erklären und allfällige Mehreinnahmen, wie sie beim Kläger vorliegen, sprechen nicht gegen eine Schädigung durch die Buchnotiz, da sie ohne diese wohl noch reichlicher eingetreten wären. — Dagegen steht doch ausser allem Zweifel, dass bei der Autorität und der Verbreitung des Buches die Notiz nicht ohne jeglichen Einfluss auf den Besuch des Etablissements geblieben sei, und dass sie daher dem Kläger eine gewisse, aber nicht bezifferbare vermögensrechtliche Schädigung zugefügt haben werde. — Nun ist zur Klage aus Art. 50 O.-R. nicht nothwendig, dass der Kläger gar den wirklichen Eintritt und die Grösse einer vermögensrechtlichen Schädigung formell beweise. Es genügt die richterliche Ueberzeugung, dass die Handlung des Beklagten zur Herbeiführung einer solchen Schädigung an sich geeignet sei und unter obwaltenden Umständen ohne jeglichen Zweifel auch eine solche Schädigung in einem allerdings nicht präzisirbaren Betrage herbeigeführt haben

werde (b.-g. Entscheidung. Grivet c. Chollet 2. März 1885, Erwäg. 3, Bd. XI. S. 85.). Ist die Buchnotiz, wie nachgewiesen, an sich geeignet, dem Rufe und dem Kredit und dadurch der Frequenz des klägerischen Etablissements zu schaden, so kann die Forderung dem Kläger auch auf Art. 55 O.-R. zuerkannt werden. Es kann sich also nur noch fragen, ob der Beklagte mit seiner Buchnotiz widerrechtlich und unerlaubt gehandelt habe. Diese Frage ist zu verneinen. Die Notiz erscheint objectiv und subjectiv als eine erlaubte Kritik des Etablissements. Im Ausdruck „sehr gering" liegt jedenfalls nicht die Behauptung oder Verbreitung einer dem Kläger nachtheiligen Thatsache, deren objective Wahrheit Gegenstand eines Beweises bilden könnte und bei deren Unwahrheit der Beklagte ersatzpflichtig werden müsste. Die Prädicate „sehr gut" „gut" „gering" enthalten den Ausdruck der subjectiven Befriedigung oder Nichtbefriedigung desjenigen, der sich dieser Prädicate bedient, und richten sich nach seinen subjectiven Ansprüchen an ein solches Etablissement. Je nach der Verschiedenheit der Ansprüche, welche von Verschiedenen an ein solches Etablissement gestellt werden, erscheinen diese Prädicate mehr oder minder zutreffend, aber die objective Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Prädicate, d. h. ob ein Etablissement „sehr gut", oder ob es nur „gut", oder „mittelmässig", oder „gering" sei, lässt sich gerichtlich nicht feststellen. — Der Verfasser des Reisebuches steht rechtlich in derselben Stellung wie jeder Andere. Nun ist ohne allen Zweifel jeder Einzelne befugt, sich über ein solches Etablissement befriedigt oder nicht befriedigt, es im Vergleich mit andern Etablissementen als gut oder gering, als besser oder weniger gut zu erklären, das eine anzuempfehlen, ein anderes erst in dritte oder vierte Linie zu stellen, oder es ausdrücklich abzurathen, oder es ganz zu ignorieren. Daraus entsteht eine gewisse Schädigung der einen zum Vortheil der andern, aber für solche Schädigung hat man nicht aufzukommen, sofern man sich beim An- und Abrathen, Empfehlen und Nichtempfehlen auf die Abgabe seines subjectiven Urtheils in solcher Ausdrucksweise beschränkt und keine unwahren Thatsachen, welche dem Rufe des Etablissements nachtheilig sind, ausspricht oder andeutet, was z. B. mit der Notiz „Ungeziefer" „unreine Betten" „unreelle Weine" „prellerische Preise" u. dgl. der Fall wäre.

151. *Schadenersatzklage gegen die Inhaber eines Auskunftsbureaus. Angebliche Kreditschädigung. Art. 50 u. 55 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheile des Civilgerichts vom 21. April und des Appellationsgerichts vom 28. Mai 1885 i. S. Fritz Leuenberger c. Comptoir Th. Eckel.

Der Kläger, Besitzer eines Müllereigeschäftes, glaubt von dem beklagten Auskunftsbureau Comptoir Th. Eckel (Inhaber Lauly und Pfahl) durch ungünstige über ihn ertheilte Informationen erheblich geschädigt zu sein; er verlangt Verfällung der Beklagten zur Bezahlung einer vom Richter zu bestimmenden Schadensersatzsumme.

Geschädigt findet sich der Kläger zunächst durch eine von den Beklagten im Januar 1884 an das Haus Jakob Steiner & Sohn in Mannheim abgegebene Auskunft, indem infolge derselben jenes Haus von einem bedeutenden mit dem Kläger abgeschlossenen Geschäft zurückgetreten sei. Die Information lautete nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien wie folgt:

„N'a pas de fortune personnelle, n'est pas assez à ses „affaires, jouit d'un crédit modéré que l'on peut lui accorder „en le surveillant de près. L'on est cependant d'avis qu'un „crédit de fr. 15 mille est beaucoup trop élevé et exige des „garanties."

Jakob Steiner & Sohn hatten an den Kläger 500 Sack Theodosiaweizen verkauft, lieferbar vom 1. bis zum 20. Februar 1884, zu Fr. 26 per 100 Kilo, franco Biel, gegen 60 Tag Accepte, zahlbar in der Kantonalbankfiliale in Biel. Kläger behauptet nun, die Verkäufer hätten dieses Geschäft infolge der erhaltenen Auskunft nicht zur Ausführung gebracht; er sei in seinem Geschäftsbetrieb dadurch sehr gestört worden und habe ausserdem einen nachweisbaren Schaden von Fr. 250 erlitten, indem er die gleiche Quantität Theodosiaweizen von einem andern Lieferanten zu Fr. 26. 50 per 100 Kilo habe kaufen müssen. Für diesen Schaden seien nach Art. 50 und 55 O.-R. die Beklagten haftbar, da sie auf Grund ungenügender Instruction fahrlässiger Weise über den Kläger eine völlig unrichtige Auskunft ertheilt hätten. Kläger besitze nämlich laut notarialischem Inventar ein reines Vermögen von Fr. 120,843. 33; er sei in seinem Geschäftsbetrieb nichts weniger als lässig, sondern vielmehr ein thätiger und tüchtiger Geschäftsmann; auch geniesse er nicht nur eines mässigen, sondern eines sehr bedeutenden Credits, wie aus Bescheinigungen der Kantonalbank von Bern und Solothurn hervorgehe.

Die Beklagten bestreiten zunächst, dass das fragliche Geschäft nicht zur Ausführung gekommen sei; Kläger habe

diess nicht nachgewiesen. Eventuell wenden sie ein, der Grund des Rücktrittes der Verkäufer sei nicht ersichtlich, er könne ebensowohl z. B. in einer nachfolgenden Hausse der Getreidepreise liegen, als in der von den Beklagten gelieferten Auskunft. Ferner habe der Kläger es versäumt, seine Rechte gegenüber den Verkäufern zu wahren und dieselben gerichtlich zur Haltung des abgeschlossenen Vertrags anzuhalten. Im weitern bestreiten sie, dass ihnen ein Verschulden zur Last falle. Dass Kläger kein Vermögen besitze, hätten sie mit vollem Recht daraus geschlossen, dass er laut Bescheinigung des Steuerregisterführers von Biel kein solches versteuere; der Passus „n'est pas assez à ses affaires" solle nur besagen, dass der Kläger bei seinem ausgedehnten und weitverzweigten Geschäft zu vielen Abwesenheiten und Reisen genöthigt sei, während welcher dann seinen Angestellten fast zu viel überlassen bleibe. Der Satz endlich, dass Kläger sich nur eines mässigen Credites erfreue, sei richtig; der Credit, welcher ihm von den Kantonalbanken in Bern und Solothurn bis zu einem Betrag von Fr. 20,000 resp. Fr. 10,000 gewährt werde, sei ein versicherter.

In zweiter Linie und hauptsächlich stützt indessen der Kläger sein Begehren auf die Behauptung, er leide schon seit einiger Zeit darunter, dass die Beklagten hartnäckig ungünstige Informationen über ihn ertheilten. Dadurch sei er in seinem Credit sehr beeinträchtigt worden, könne fast nur noch gegen baar kaufen und müsse sich manches gute Geschäft entgehen lassen. Kläger beantragt zur Abschätzung dieses Schadens Sachverständige beizuziehen.

Die Beklagten bestreiten, dass sie an die von Kläger namhaft gemachten Häuser abfällig lautende Informationen über denselben abgegeben hätten. Wenn in einem gewissen Zeitpunkt an der Zürcher Getreidebörse über die Creditwürdigkeit des Klägers ungünstige Gerüchte circulirt hätten, so seien sie, die Beklagten, denselben durchaus fremd. Es sind über die diessbezüglichen Behauptungen des Klägers mehrere Zeugen einvernommen worden. Die Klage wurde vom Civilgericht abgewiesen.

Motive: Die Behauptung des Klägers, er sei, abgesehen von der an Jakob Steiner & Sohn ertheilten Auskunft, von den Beklagten durch vielfach abgegebene Informationen in seinem Credit geschädigt worden, hat sich im Beweisverfahren nicht bestätigt. Es ist für solche ungünstige Informationen, für angeblich durch die Beklagten veranlasste ungün-

stige Gerüchte über die Creditwürdigkeit des Klägers durch die Zeugenaussagen keinerlei Beweis erbracht worden.

Zu untersuchen bleibt daher bloss, ob der klägerische Anspruch sich aus der an Jakob Steiner & Sohn ertheilten Information rechtfertigt. Auf die Art. 50 und 51 O.-R. kann sich der Kläger nicht stützen, denn er hat es unterlassen, durch Klage gegen die Verkäufer auf Haltung des Vertrages resp. auf Schadensersatz festzustellen, dass er durch Schuld der Beklagten wirklich geschädigt sei. Er ruft aber auch den Art. 55 O.-R. für sich an, indem er behauptet, durch die Handlungsweise der Beklagten in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich geschädigt worden zu sein. Es mag nun als eine durch das vom Kläger producirte Inventar, das von den Beklagten in keiner Weise bemängelt wird, erwiesene Thatsache angenommen werden, dass der Kläger ein Reinvermögen von Fr. 120,843. 33 besitzt. Dieser Thatsache ist gegenüberzustellen die andere, dass der Zeuge J. C. Schaad sich durch die von den Beklagten an Jakob Steiner & Sohn ertheilte Auskunft bewogen fand, dem Kläger einen Credit von Fr. 10,000 zu gewähren und diese Limite nur ausnahmsweise zu überschreiten; in diesem Sinne also wurde die ertheilte Auskunft in fachmännischen Kreisen aufgefasst. Nun liegt es aber auf der Hand, dass bei einem Vermögen von circa Fr. 120,000, das in einem Geschäft engagirt ist, ein unversicherter Credit von Fr. 10,000 ein angemessener, und keineswegs ein zu geringer ist. Das Gericht kann daher nicht finden, dass der Kläger in seinem Credit geschädigt worden sei.

In der Bemerkung der Beklagten „n'est pas assez à ses affaires" kann, vorausgesetzt auch, dass sie der Wahrheit nicht entspricht, keine Verletzung in den persönlichen Verhältnissen des Klägers im Sinne des Art. 55 O.-R. erblickt werden; denn es ist wohl zu beachten, dass nicht jegliche Verletzung, sondern nur eine „ernstliche" ein Klagrecht giebt.

Das Appellationsgericht bestätigte das Urtheil der ersten Instanz mit folgendem Zusatze zu den Erwägungen: Wenn das Urtheil den Kläger desshalb abweist, weil er weder einen erlittenen Schaden nach Art. 50, noch eine ernstliche Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen nach Art. 55 O.-R. nachgewiesen habe, so erscheint zwar die aus diesem Grunde erfolgte Abweisung der Klage als eine vollkommen gerechtfertigte und es muss den bezüglichen Ausführungen des erstinstanzlichen Urtheils in allen Theilen beigestimmt werden.

Immerhin ist Kläger auch schon aus dem Grund abzuweisen, weil von Seite des Beklagten eine unerlaubte Handlung im Sinne von Abschnitt II des O.-R. überhaupt nicht vorliegt. Art. 50 O.-R. schreibt vor, dass derjenige, welcher einem andern, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, widerrechtlich Schaden zufügt, demselben zum Ersatz verpflichtet werde. Die Voraussetzung dieses Artikels sowohl als des ganzen Abschnittes über die unerlaubten Handlungen ist also die, dass eine subjective Verschuldung, sei es dolus, sei es culpa, von Seiten des Beklagten vorliege. Der Kläger nimmt nun selbst nicht an, dass Letzterer doloser Weise gehandelt habe, dagegen behauptet er, derselbe habe in höchst fahrlässiger Weise unwahre Thatsachen über ihn ausgesagt, und habe ihn dadurch widerrechtlich geschädigt. Bei der Beurtheilung der Frage, ob den Beklagten eine subjective Verschuldung treffe, müssen vor Allem die Umstände in Betracht gezogen werden, unter welchen er die fragliche Auskunft ertheilt hat. Beklagter ist Inhaber eines sog. Auskunfts- und Informationsbureau's, welches auf gestellte Anfragen zur Wahrung berechtigter Interessen und unter der Bedingung absoluter Verschwiegenheit den Fragestellenden Auskunft über die geschäftlichen Verhältnisse dritter Personen ertheilt. Die Natur solcher Geschäfte, welche für den Handelsstand zu einem wirklichen Bedürfniss geworden sind, bringt es nun aber mit sich, dass deren Inhaber bald mehr, bald weniger günstige Auskunft zu ertheilen in den Fall kommen. Im vorliegenden Fall lautete die Auskunft des Beklagten über den Kläger nicht sehr günstig, wurde aber, wie sich aus den Acten ergiebt, nur auf gestellte Anfrage, auf Grund von eigenen eingeholten Erkundigungen und in vollkommen gutem Willen ertheilt. Wenn nun Kläger behauptet, der Beklagte habe dabei in höchst fahrlässiger Weise unwahre Thatsachen über ihn ausgesagt, so kann sich diess nur auf den ersten Satz beziehen, welcher besagt, Kläger besitze kein persönliches Vermögen. Diese Mittheilung hat sich allerdings insofern als eine unrichtige herausgestellt, als Kläger laut einem von ihm beigebrachten Inventar ein Vermögen von Fr. 120,843. 33 besitzt. Allein anderseits hat Beklagter durch amtliche Bescheinigungen dargethan, dass Kläger in der That gar kein Vermögen versteuert. Wenn er daher auf Grund dieser unbestrittenen und unbestreitbaren Thatsache seinen Kunden mittheilte, Kläger besitze kein persönliches Vermögen, so kann hierin keine Fahrlässigkeit erblickt werden, sondern nur der natürliche und selbstverständliche Schluss

aus der amtlich constatirten Sachlage. Was den übrigen Theil der Auskunft anbelangt, so enthält derselbe keine bestimmten Behauptungen, sondern nur die persönliche, auf Erkundigungen beruhende Ansicht des Beklagten über die Höhe des Credits, welcher dem Kläger vorsichtiger Weise gewährt werden könne. Es ist nun aber klar, dass eine solche, eine blosse Ansicht, bezw. einen Rath enthaltende Mittheilung, welche einem Geschäftsfreund auf gestellte Anfrage hin, nach eingeholten sorgfältigen Erkundigungen in gutem Glauben und unter der Bedingung strengster Verschwiegenheit gemacht wird, nicht als eine widerrechtliche oder unerlaubte Handlung bezeichnet werden kann.

Nach obigen Ausführungen fehlt es im vorliegenden Falle an dem in Art. 50 des O.-R. aufgestellten Erforderniss der Fahrlässigkeit, bezw. der subjectiven Verschuldung.

---

152. *Schadenersatzklage. Art. 50 O.-R. Haft des Vaters wegen ungenügender Beaufsichtigung seines Kindes für den hieraus entstandenen Schaden. Art. 61 O.-R. Verstümmelung im Sinne des Art. 53 O.-R. ist auch eine äusserlich nicht sichtbare, aber das Fortkommen erschwerende Verletzung. (Vgl. III. Nr. 82.)*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 3. März 1885 i. S. R. Bollier c. Walter u. Johannes Schärer.

Am Fastnachtsonntag den 2. März 1884 vergnügte sich, nach einer in der deutschen Schweiz weit verbreiteten Sitte, der 13jährige W. Sch. mit Pistolenschiessen, wozu er eine ihm von einem Kameraden geliehene Pistole benutzte. Durch einen unvorsichtigen Schuss verletzte er hiebei einen andern Knaben, den R. B. an der Stirne. In Folge dessen trat am rechten Auge eine Entzündung ein, welche nach dem Gutachten der Sachverständigen eine bleibende Beeinträchtigung der Sehkraft hinterliess. Der Vater des verletzten Knaben klagte auf Schadenersatz, und zwar gleichzeitig gegen den schuldigen Knaben und, wegen Vernachlässigung der nöthigen Aufsicht, gegen dessen Vater. Die Klage wurde gegenüber beiden Beklagten in der Weise gutgeheissen, dass dem Kläger gegen beide solidarisch eine Forderung von Fr. 110 nebst dem Betrag der Arztrechnung für den directen Schaden (Heilungs- und Verpflegungskosten und Entstellung wegen der zurückbleibenden Narbe) und im weitern Fr. 500 für Erschwerung des Fortkommens in Folge der Verstümmelung (Art. 53 O.-R.) zugesprochen wurde.

Motive: Neben dem Sohne, dessen Haftpflicht grundsätzlich nicht bestritten ist, muss auch der Vater Sch. haft-

bar erklärt werden. Nach Art. 61 O.-R. hat der Geschädigte nicht mehr den Nachweis zu leisten, dass der Schaden eine Folge mangelhafter Aufsicht des Vaters gewesen sei, sondern es hat umgekehrt der Vater zu beweisen, dass er das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe. Es besteht somit eine gesetzliche Präsumtion sowohl für die mangelhafte Aufsicht (die Fahrlässigkeit) des Vaters, als auch für den Causalzusammenhang derselben mit dem eingetretenen Schaden ganz wie im französischen Recht (Code civil Art. 1384). Wenn daher der Beklagte Vater Sch. den Causalzusammenhang der mangelhaften Aufsicht mit dem eingetretenen Schaden bestreitet, so ist er hiefür beweispflichtig. Nun steht allerdings fest, dass der Knabe W. Sch. die Pistole, womit die Schädigung verübt wurde, nicht von seinem Vater erhielt, sondern ohne Wissen desselben von einem Kameraden entlehnte. Allein eine Nachlässigkeit des Vaters liegt darin, dass er seinem Knaben die Betheiligung an einem durch keinen Erwachsenen überwachten Fastnachtschiessen überhaupt gestattete. Vater Sch. behauptet nämlich nicht, dass er von dem Schiessen nichts gewusst oder seinem Sohne die Erlaubniss, sich dabei zu betheiligen, verweigert habe. Nun ist es zwar in manchen Gegenden des Cantons allgemein üblich, Knaben von diesem Alter bei besondern Anlässen den Gebrauch von Schiesswaffen zu gestatten; allein das Gesetz verlangt vom Vater nicht nur das übliche, sondern auch das durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung; die Thatsache einer allgemeinen Uebung entschuldigt daher den Vater nicht. Durch die Umstände ist es aber gewiss geboten, das Schiessen so junger Knaben durch Erwachsene überwachen zu lassen, da erstere, selbst wenn sie des Schiessens kundig sind, vermöge ihrer natürlichen Unbesonnenheit sich leicht zu Handlungen hinreissen lassen, welche die bedenklichsten Folgen haben können. Es erscheint daher als richtig, den Beklagten Vater Sch. als verantwortlich zu erklären.

Bezüglich der Forderung von Fr. 500, welche der Kläger wegen dauernder Beeinträchtigung der Sehkraft seines rechten Auges stellt, wird Art. 53 Abs. 2 O.-R. angerufen. Unter Verstümmelung versteht diese Bestimmung jede dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, und es wird nicht etwa vorausgesetzt, dass dieselbe äusserlich sichtbar sei, denn offenbar kann das Fortkommen des Verletzten auch in Fällen dieser Art erschwert sein. Nun ist constatirt, dass die Sehschärfe des rechten Auges des Klägers, obwohl

dieses das normale Aussehen beibehält, in Folge der Verletzung nur noch 1/3 bis 1/2 der normalen beträgt. Unzweifelhaft bildet dieser Umstand für den Kläger ein Hinderniss, irgend einen Beruf zu ergreifen, welcher eine normale Sehschärfe oder besondere Anstrengung der Sehkraft erfordert, und hierin liegt eine Erschwerung des Fortkommens im Sinne des Gesetzes. Die hiefür gestellte Forderung von Fr. 500 erscheint als angemessen.

Beide Beklagte sind solidarisch haftbar zu erklären gestützt auf Art. 60 O.-R.; denn auch die Verpflichtung des Vaters Sch. ist als eine solche aus unerlaubter Handlung aufzufassen.

---

153. *Schadenersatzklage. Haft des Bauunternehmers für Verletzung eines Angestellten in Folge fehlerhafter Construction. Art. 50 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 2. Juni 1885 i. S. Bernhard Schäuble c. Jean Baptist Köhly u. Heinrich Gürtler.

Kläger war beim Beklagten Köhly angestellt; zeitweilig wurde er aber dem Beklagten Gürtler überlassen. Am 9. October 1884, da er gerade bei Gürtler arbeitete, verunglückte er in folgender Weise: Für einen Anbau der Speisehalle im Centralbahnhof dahier hatte Köhly die Kellergewölbe erstellt, Gürtler dagegen war Uebernehmer der Gypserarbeiten. Am betreffenden Tage war Kläger damit beschäftigt, einen Sack mit Gyps über den Fussboden zu tragen, der über die Kellergewölbe gelegt war. Dabei wich der Boden und Kläger stürzte in den Keller. Kläger erlitt eine Verstauchung des linken Fusses, zu welcher später eine Venen-Entzündung trat. In Folge dessen war der Kläger mehrere Monate arbeitsunfähig. Das Begehren des Klägers ging dahin, die Beklagten für die Dauer seiner Erwerbsunfähigkeit zur Auszahlung des bisher bezogenen Lohnes und zur Tragung der Arzt- und Apothekerkosten zu verpflichten. Gegen Gürtler wurde die Klage auf das Haftpflichtgesetz aus Fabrikbetrieb, gegen Köhly dagegen auf ein Verschulden desselben gestützt, welches Kläger darin erblickte, dass der Fussboden der Speisehalle fehlerhaft erstellt worden sei. Beide Beklagte verlangten Abweisung der Klage. Köhly machte geltend, er habe den fraglichen Fussboden gar nicht erstellt und hafte also schon aus diesem Grunde nicht; die von ihm erstellten Kellergewölbe seien genau nach Vorschrift der Centralbahn ausgeführt und von ihr genehmigt worden. Wenn daher irgend jemanden ein Verschulden treffe, so könne dies nur die Centralbahn sein, welche

eine ungenügende Construction vorgeschrieben und überdies auch die auf die Gewölbe gelegten eisernen Tragbalken unrichtig angebracht habe. Ein vom Polizeidepartement gleich nach dem Unfall eingeholtes Gutachten des Cantonsbaumeisters constatirt, dass die Ausführung der Gurtbögen und der Auflager der eisernen (T) Träger des Bodens zu wünschen übrig liess und so das Unglück verschuldete.

Die Klage gegen Gürtler wurde abgewiesen, Köhly dagegen zur Zahlung von Fr. 500 sowie der Arzt- und Apothekerkosten verfällt.

Motive: Es bedarf keiner Erörterung, dass von einer Haftbarkeit aus Fabrikbetrieb nicht die Rede sein kann, da die Beklagten als Bauhandwerker, welche zunächst in offenen Räumen oder im Freien arbeiten, nicht dem Fabrikgesetz unterstellt sind. Da ein Verschulden des Beklagten Gürtler am Unfall nicht behauptet wird, so entbehrt die gegen ihn gerichtete Klage jeglicher Begründung.

Anders verhält es sich mit dem Beklagten Köhly. Hier ist ein Verschulden behauptet und auch durch den Bericht des Sachverständigen nachgewiesen. Wenn auch Kläger unrichtiger Weise das Verschulden in der mangelhaften Erstellung des Fussbodens anstatt der Gewölbebögen sucht, so kann dies dem Erfolg der Klage nicht schaden, da es hiefür lediglich darauf ankommt, ob eine Verschuldung geltend gemacht und dargethan ist. Der fernere Einwand des Beklagten Köhly, dass er genau nach der Vorschrift der Centralbahn gearbeitet habe, befreit ihn nicht; denn als sachverständiger Unternehmer hat er selbst für die Mängel seines Werkes und deren Folgen Dritten gegenüber einzustehen, auch wenn er seine Arbeit nach Weisung des Bauherrn erstellt hat, und es kann sich blos fragen, ob der Auftraggeber neben ihm hafte oder ihm regresspflichtig sei, eine Frage, die hier nicht zu erörtern ist.

Beklagter Köhly muss demnach gemäss Art. 50 ff. O.-R. haftbar erklärt werden für den Schaden, welcher dem Kläger aus dem Unfall entstanden ist. Das Gericht schätzt diesen Schaden in Anbetracht des Umstandes, dass Kläger 3—4 Monate völlig arbeitsunfähig geworden ist und dass sich jetzt noch nicht voraussehen lässt, wann die Folgen des Unfalls gänzlich verschwunden sein werden, auf Fr. 500. Hiezu kommen noch die Arzt- und Apothekerkosten, für welche Kläger keine nähern Nachweise erbracht hat und welche daher nur im Princip zugesprochen werden können.

154. *Firmaschutz. Angeblicher dolus in der Wahl der Firma.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 12. Juni 1885 i. S. Julius Saladin c. Albert Saladin.

Die beiden Brüder Julius und Albert Saladin betrieben unter der Firma J. & A. Saladin bis 10. September 1884 eine Schuhhandlung an der Gerbergasse. Am genannten Tage wurde ein Vertrag abgeschlossen, gemäss welchem Julius Saladin aus dem Geschäft ausschied, Albert Saladin Activen und Passiven des Geschäftes übernahm und dem Bruder eine Abfindungssumme von Fr. 18,250 zusicherte. Der Vertrag enthält folgende Bestimmung:

„Sofort nach Unterzeichnung des Vertrages und Zahlung „dieses à conto ist die Löschung der bisherigen Firma im „Handelsregister gemeinsam vorzunehmen. Herr Albert Sa„ladin wird sich mit einer Firma in's Handelsregister ein„tragen."

Die Streichung der Firma J. & A. Saladin erfolgte und Albert Saladin liess die Firma „J. Saladin, älter" eintragen.

Der Kläger Julius Saladin findet nun in der Wahl dieser Firma einen dolus. Er, der Kläger, habe von Anfang an die Absicht gehabt, ein eigenes Geschäft zu gründen, und Beklagter habe dies gewusst; der Kläger sei auch der Schuster gewesen, der das gemeinsame Geschäft zur Blüthe gebracht habe, während Beklagter Kaufmann sei. Die Firma „J. Saladin, älter" sei nun offenbar nur in der Absicht geschaffen worden, um im Publikum den Glauben zu erwecken, der Kläger sei noch in dem früher gemeinsamen Geschäfte in der Gerbergasse thätig. Ausserdem entstünden Inconvenienzen dadurch, dass nun Beklagter öfters Briefe erhalte, die für den Kläger bestimmt seien, und solche schon mehrmals geöffnet habe. Kläger beantragt daher, es sei dem Beklagten gerichtlich zu verbieten, die Firma „J. Saladin, älter" weiter zu führen.

Der Beklagte verlangt Abweisung dieses Begehrens. Vertraglich sei er in der Wahl seiner Firma nicht beschränkt worden, es sei ihm daher freigestanden, von seinen 3 Vornamen Carl, Jakob und Albert nach Belieben den einen oder den andern auszuwählen und mit dem Anfangsbuchstaben dem Geschlechtsnamen vorzusetzen. Irgendwelche böswillige Absicht habe nicht vorgelegen. Formell sei entscheidend der Umstand, dass zur Zeit der Eintragung seiner Firma keine ähnliche existirte. Kläger habe die seinige erst einige Tage später eintragen lassen, an ihm sei es daher gewesen,

für möglichst grosse Verschiedenheit der beiden Firmen zu sorgen.

Einen zweiten Klaggrund bietet dem Kläger der Umstand, dass der Beklagte Struppen und Etiquetten verwendet, auf welchen noch die alte Firma J. & A. Saladin angebracht ist. Da laut Vertrag vom 10. September 1884 die alte Firma getilgt, also von keiner Partei mehr benützt werden sollte, liege in diesem Verfahren des Beklagten eine Vertragsverletzung. Der Zweck derselben sei wiederum der, das Publikum in Irrthümer über den wirklichen Inhaber des Geschäftes zu führen. Auf diese Thatsachen stützt sich der Antrag des Klägers auf Verfällung des Beklagten zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 300.

Der Beklagte verlangt Abweisung auch dieses Begehrens, indem er sich darauf beruft, dass die Struppen und die Etiquetten zu den Activen des von ihm übernommenen Geschäftes gehörten, dass er sie also habe bezahlen müssen durch Uebernahme der Passiven und Ausrichtung der Abfindungssumme. Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Durch den Vertrag vom 10. September 1884 war der Beklagte hinsichtlich der Firma seines Geschäftes verpflichtet, eine neue Firma zu wählen und nicht die alte beizubehalten. Dieser Bestimmung ist er nachgekommen. Weitere Vorschriften enthielt der Vertrag in dieser Richtung nicht. Aber auch die Bestimmungen des Gesetzes lassen das Verfahren des Beklagten nicht als ein unrechtmässiges erscheinen. Wenn auch die Motive des Beklagten nicht zu billigende gewesen sein mochten, so hatte er doch unzweifelhaft das Recht, statt seines gebräuchlichen Namens Albert den andern Jakob in der Firma zu verwenden; die Anfechtung dieser Firma entbehrt daher der rechtlichen Begründung. Den Uebelstand, dass bisweilen Briefe, die für eine der beiden Parteien bestimmt sind, an die andere gelangen und von dieser eröffnet werden, theilen die Parteien mit allen andern Geschäften, welche unter sich gleichartige Firmen führen. Das Publikum unterscheidet die Firmen nicht immer genau, und auch eine grössere Verschiedenheit in den Firmen der Parteien würde Collisionen nicht unmöglich machen.

In Bezug auf die Struppen, welche die alte Firma J. & A. Saladin tragen, ist massgebend der Umstand, dass dieselben zu den vom Beklagten übernommenen Activen gehören, für welche Kläger den Gegenwerth erhalten hat. Ausserdem aber fehlt jeder Nachweis eines durch die Verwendung dieser Struppen erlittenen Schadens. Dieser letztere Grund trifft

auch für die Etiquetten zu. Da die Etiquetten ohne erheblichen Werth sind, liesse sich ein Verbot der weitern Verwendung derselben rechtfertigen. Das Gericht ist indessen zur Aussprechung eines solchen nicht befugt, da das klägerische Rechtsbegehren nicht darauf gerichtet ist.

Für die Vertheilung der Kosten fällt in Betracht, dass der Beklagte durch die seltsame Wahl seiner Firma und durch den Gebrauch der werthlosen Etiquetten mit der alten Firma theilweise den Streit selbst veranlasst hat.

---

155. *Compensation; rente viagère. Art. 132 § 2 C. O.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 21 novembre 1884 dans la cause veuve Weller c. Weller.

En fait, la demanderesse, agissant en vertu d'un acte notarié du 2 novembre 1867 par lequel le défendeur s'est obligé à lui payer une rente viagère annuelle de 4500 fr., a, par exploit du 31 juillet dernier, formé une demande de séquestre des revenus des immeubles appartenant au défendeur, pour garantir le paiement des arrérages de ladite rente, que ce dernier avait cessé de lui payer.

A la seconde audience, l'avocat du défendeur s'est porté personnellement fort des arrérages échus et, sur le vu de ce porté-fort, la demanderesse a consenti à donner mainlevée de sa demande en séquestre.

Pour justifier le défaut de paiement des arrérages échus de la rente viagère qu'il doit à la demanderesse, ainsi que sa prétention de n'en payer qu'une partie encore aujourd'hui, malgré le porté-fort de son avocat, le défendeur a articulé que s'il ne les avait pas payés jusqu'à présent, c'est qu'il entendait les compenser avec une somme de 6465 fr. qu'il a réclamée à la demanderesse et pour laquelle il a introduit une instance devant le Tribunal de céans.

La demanderesse invoque, pour écarter la prétention du défendeur, les dispositions de l'art. 132, § 2 C. O., en vertu desquelles la compensation ne saurait s'opérer lorsqu'une des deux créances est une créance alimentaire, un salaire insaisissable ou une autre créance analogue.

Attendu qu'il n'est pas articulé par le défendeur que la demanderesse possède d'autres ressources que la rente viagère qu'il lui doit; qu'il semble, au contraire, reconnaître qu'elle lui est nécessaire pour vivre, puisqu'il offre de lui payer une somme de 200 fr. par mois, en retenant le surplus à titre de compensation;

Attendu, dès lors, que la rente viagère constituée par

acte notarié du 2 novembre 1867 a bien le caractère d'une créance alimentaire;

Attendu que les termes de l'art. 132, § 2 C. O. sont très généraux, ainsi que le montrent bien ces mots „et autres créances analogues;"

Que cet article ne donne pas au juge le pouvoir de fixer quelle partie de la créance peut être ou non soumise à la compensation;

Qu'il suffit que ce soit une créance alimentaire pour que la compensation ne puisse être invoquée contre la volonté du créancier;

P. c. m., le Tribunal..... déboute le défendeur de son exception de compensation.....

---

156. *Retentionsrecht des Vermiethers. Begriff der Verfügungsgewalt nach Art. 224 O.-R. Verhältniss des Art. 294 zu Art. 224 O.-R. Das in Art. 294 dem Vermiether eingeräumte Retentionsrecht ist nicht als ein spezieller Anwendungsfall des in Art. 224 normirten allgemeinen Grundsatzes zu betrachten. Der Uebergang des Eigenthums an dem vermietheten Hause bewirkt nicht den Untergang des bereits erworbenen Rechtes des frühern Vermiethers.*

**Baselstadt.** Urtheile des Civilgerichts vom 28. April und des Appellationsgerichts vom 4. Juni 1885 i. S. Rud. Grossmann-Diener c. Concursbehörde Basel Namens Fallimentsmasse J. Mundwyler.

J. Mundwyler war seit 1880 beim Kläger zur Miethe für einen Miethzins von Fr. 225 per Quartal. Dieser Zins ist seit 1. October 1883 unbezahlt. Am 30. September 1884 verkaufte Kläger das betreffende Haus mit Nutzen und Gefahrübergang per 1. October 1884 an H. Benz. Als Mundwyler am 11. November 1884 schuldenhalber ausgekündet worden war, meldete Kläger in dessen Concurs die Forderung von Fr. 900 für Miethzins des Jahres 1. October 1883 bis 30. September 1884 an, Benz dagegen eine solche von Fr. 450 als Miethzins vom 1. October 1884 bis 31. März 1885. Die Concursbehörde setzte die Forderung von Fr. 900 als gewöhnliche chirographarische Forderung in die 4. Classe, behandelte bloss den H. Benz als in den Rechten des Vermiethers stehend und wies dessen Anspruch von Fr. 450 unter die Pfandforderungen. Der Kläger beansprucht nun aber dasselbe für seine Forderung von Fr. 900 und beantragt demgemäss Abänderung der Collocation in der Weise, dass seine Forderung von Fr. 900 im Rang der Pfandcreditoren auf den Erlös der Miethpfänder collocirt werde,

ebenso die Forderung des H. Benz von Fr. 450 und ferner, dass das Collocationsergebniss für letztern Posten auf der Gerichtsschreiberei deponirt bleibe, bis entschieden sein werde, ob dieses Guthaben dem Kläger oder Benz zustehe. Zur Begründung dieser Begehren führt er an, der Kaufvertrag zwischen Kläger und Hrn. Benz sei noch nicht zum Vollzug gekommen, und es sei unsicher, ob er überhaupt vollzogen werde. Die Parteien seien nämlich im Streit wegen des Kaufpreises und darum habe Kläger die Fertigung bisher verweigert und jetzt schwebe ein Process darüber. Kläger sei also bis zur Stunde Eigenthümer der Liegenschaft und aus diesem Grunde schon zur Geltendmachung des Miethretentionsrechts an der Fahrniss Mundwylers berechtigt. Auch sonst aber müsste seiner Forderung, weil sie Miethzins betreffe, dieses Recht zukommen. Die Beklagte beruft sich für ihren Antrag auf Abweisung der Klage darauf, dass nach dem Kaufvertrag zwischen Kläger und Benz Nutzen und Gefahr der Liegenschaft mit 1. October 1884 auf letztern übergegangen sei. Benz habe auch wirklich seit dieser Zeit die Miethzinse eingezogen und anderseits das Wasserabonnement bezahlt und Reparaturen ausführen lassen. Kläger sei somit seit 1. October 1884 nicht mehr Vermiether gewesen und habe sein Retentionsrecht damit verloren. Solches könne nur beanspruchen, wer factisch in der Lage sei über die Mobilien des Miethers ein Verfügungsrecht auszuüben. Selbst eine Erklärung des neuen Vermiethers, den Besitz auch im Namen des frühern ausüben zu wollen, müsste als unzulässig erachtet werden, liege übrigens in diesem Fall gar nicht einmal vor. Der zwischen Kläger und Benz obschwebende Process endlich berühre die heutige Frage nicht, und somit sei auch das zweite klägerische Begehren abzuweisen. Der Kläger wurde erstinstanzlich abgewiesen.

Motive: Es muss der Beklagten, entgegen den klägerischen Ausführungen in ihrer Auffassung vom Retentionsrecht beigepflichtet werden, wonach bloss derjenige Anspruch auf ein Retentionsrecht hat, der factisch in der Lage ist, über die retinirte Sache ein Verfügungsrecht auszuüben, d. h. in dessen Verfügungsgewalt sich dieselbe befindet; so der unzweideutige Wortlaut des Gesetzes (Art. 224 O.-R.). Diese Voraussetzung des allgemeinen Retentionsrechts bleibt sich gleich, auch wenn es sich, wie im vorliegenden Fall um eine Miethzinsforderung handelt. Der Art. 294 O.-R. redet zwar ganz allgemein von einem Retentionsrecht, das dem Vermiether für seine Miethzinsforderung an den beweglichen Sachen zusteht, welche sich in dem gemietheten Raum be-

finden. Diese Fassung würde an und für sich die geltend gemachte Ansicht des Klägers nicht ausschliessen, dass nämlich für jede Miethzinsforderung die Miethobjecte als Pfand haften, der Vermiether demnach ein dingliches Recht an denselben zur Sicherung und eventuellen Realisirung seiner Miethzinsforderung erworben hat, ein Recht, welches ihm nicht dadurch verloren gehen kann, dass nachträglich ein anderer die Verfügungsgewalt über das Haus erwirbt. Eine Interpretation des Art. 294 in diesem Sinne wird aber durch Art. 224 ausdrücklich ausgeschlossen, wonach auch das Retentionsrecht des Vermiethers nichts anderes als ein specieller Anwendungsfall des allgemeinen Retentionsrechtes ist; die wesentliche Voraussetzung des letztern, darin bestehend, dass der Retentionsberechtigte vor Allem die Verfügungsgewalt über die zu retinirende Sache habe, muss demnach auch für unsern Fall zutreffen.

Es ist nun nachgewiesen, dass der Kläger durch Kaufvertrag vom 30. September 1884 Nutzen und Gefahr des Hauses und damit auch die Berechtigung, die Miethzinse in eigenem Interesse und eigenem Namen einzuziehen, auf einen Dritten, auf H. Benz übertragen und dass dieser das Haus factisch in Besitz genommen hat. Damit hat der Kläger sich aber auch nothwendigerweise seines Rechts auf Retention der Miethobjecte begeben, da diese sich nicht mehr in seiner Verfügungsgewalt befanden. Daran kann der Umstand nichts ändern, dass Kläger im Grundbuch noch immer sich als Eigenthümer eingetragen findet; denn sein Eigenthumsrecht ist gegenüber Benz von rein formeller Bedeutung, auf diesen letztern sind alle materiell rechtlichen Eigenthumsbefugnisse übergegangen. Man würde Benz in diesem seinem Rechte verkürzen, wenn mit ihm zugleich der Kläger zur Befriedigung seiner Forderung auf die Miethobjecte angewiesen würde. Denn mit der Nutzung des Hauses ist auch als Accessorium das Recht sich ausschliesslich aus den Miethobjecten für seine Miethzinsforderung bezahlt zu machen, auf Benz übertragen worden, und auf die weitere, von der Beklagten angeregte Frage einzutreten, ob das Retentionsrecht, welches einen bestimmten factischen Zustand voraussetzt, durch vertragliche Bestimmungen von Privatpersonen abgeändert werden könne, scheint überflüssig, da Kläger solche nicht einmal behauptet hat.

Das Appellationsgericht verwarf die Rechtsanschauung der ersten Instanz und erkannte, die vom Kläger im Concurse des J. Mundwyler geltend gemachte Miethzinsforderung von Fr. 900 sei auf den Erlös der im Momente

des Concursausbruchs vorhandenen Miethpfänder zu collociren.

Motive: Das civilgerichtliche Urtheil geht von dem Satze aus: Das Retentionsrecht des Vermiethers sei nichts Anderes als ein specieller Anwendungsfall des allgemeinen Retentionsrechts; die wesentliche Voraussetzung des letztern, darin bestehend, dass der Retentionsberechtigte die Verfügungsgewalt über die zu retinirende Sache habe, müsse demnach auch für unsern Fall zutreffen.

Das Appellationsgericht kann indess dieser Auffassung nicht beitreten. Die Verfügungsgewalt, welche nach Art. 224 O.-R. die Voraussetzung des Retentionsrechts des Gläubigers an den beweglichen Sachen des Schuldners bildet, besteht in der factischen Möglichkeit über die betreffenden Sachen zu verfügen und Eingriffe Dritter davon abzuhalten. Der Vermiether eines Hauses besitzt nun aber keineswegs eine derartige Verfügungsgewalt über die Mobilien des Miethers; vielmehr werden letztere in der Regel in der freien und ausschliesslichen Verfügung des Miethers stehen. Das in Art. 294 dem Vermiether gewährte Retentionsrecht ist daher nicht als ein specieller Anwendungsfall des in Art. 224 O.-R. normirten allgemeinen Retentionsrechts aufzufassen, sondern als eine Ausnahme von demselben (vgl. Urtheil des Bundesgerichts vom 4. Febr. 1885 in Sachen Käsereigesellschaft Rinderbach c. Berner Handelsbank, Revue III, N° 72), bezw. dasselbe ist gar kein eigentliches Retentionsrecht, weil man eben nur dasjenige retiniren kann, was man bereits in seiner Detention hat. Wenn sonach das Recht des Vermiethers sich nicht als ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 224 darstellt, und wenn es daher auch nicht durch den angeblichen Verlust einer Verfügungsgewalt, welche gar nicht existirt, untergehen kann, so frägt es sich immerhin, welches denn die rechtliche Natur desselben sei und ob dasselbe nicht im vorliegenden Fall aus einem andern als dem im erstinstanzlichen Urtheil angegebenen Grund für den Kläger verloren gegangen sei.

Fasst man die Bestimmungen des Art. 294 O.-R., wo dieses Recht normirt wird, in's Auge, so stellt sich dasselbe dar als ein dingliches Recht des Vermiethers an den beweglichen, in den gemietheten Räumen befindlichen, zu deren Einrichtung und Benützung gehörenden Sachen, und zwar zur Sicherung der Miethzinsforderung und mit der Wirkung, dass der Vermiether den Wegzug der Sachen aus den gemietheten Räumen mit amtlicher Hilfe verhindern und im

Nichtzahlungsfall des Miethzinses sein Recht gleich einem Faustpfandrecht realisiren darf.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich aber keineswegs, dass wenn das Eigenthum oder der Besitz oder die Nutzniessung an dem vermietheten Hause auf einen andern übergeht, damit auch das bereits erworbene Recht des früheren Vermiethers ohne Weiters untergehen solle. Es ist vielmehr anzunehmen, dass das erworbene Recht innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zeitdauer und auf so lange fortbestehen solle, als die betreffenden Sachen sich in den vermietheten Räumlichkeiten befinden.

Zwar liesse sich die Frage aufwerfen, ob diese letztere Voraussetzung im vorliegenden Fall zutreffe, da beklagterseits behauptet wird, vom 1. October 1884 an sei Benz als Vermiether zu betrachten, und die Sachen seien daher nicht mehr in den vom Kläger Grossmann, sondern in den vom Käufer Benz vermietheten Räumen.

Allein wenn man auch den nicht ganz klaren Wortlaut des Gesetzes in dem vom Beklagten angenommenen engern Sinn auffasst, und die Worte „in den gemietheten Räumen" nur auf den im Moment des Concurses als Vermiether dastehenden Miethgläubiger bezieht, so fehlt es doch immerhin an dem Nachweise, dass Benz auch wirklich für die zwei letzten Quartale Vermiether geworden sei. Es wird von keiner Seite behauptet, und es finden sich auch in den Acten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das langjährige Miethverhältniss zwischen Grossmann und Mundwyler am 1. October 1884 aufgelöst, und dass an diesem Tage ein neues Miethverhältniss zwischen Benz und Mundwyler begründet worden sei. Es ist aus den Acten nicht einmal ersichtlich, dass Mundwyler von dem zwischen Grossmann und Benz abgeschlossenen Kaufvertrag Kenntniss erhalten habe.

Der Umstand, dass Kläger selbst für die zwei letzten Quartale eine Miethzinsforderung nicht geltend machte, kann an dieser Auffassung nichts ändern, da eine stillschweigende Cession dieser Forderung an den Käufer des Hauses in der Bestimmung des Kaufvertrags, wonach Nutzen und Schaden vom 1. October 1884 an an den Käufer übergehen, eingeschlossen ist.

Den Miether jedoch berührt dieses Verhältniss zwischen Verkäufer und Käufer des Hauses nicht, er ist auch für die letzten zwei Quartale rechtlich noch als Miether des Klägers zu betrachten. Wenn nun letzterer seine Forderung nur auf die frühere Zeit richtet, und demnach bloss auf Fr. 900

stellt, seinem Käufer Benz dagegen die Forderung für die zwei letzten Quartale zu stellen überlassen hat, so ist Benz in dieser Beziehung als Vertreter seines Verkäufers Grossmann zu betrachten.

---

157. *Retentionsrecht des Vermiethers. Eine zeitweise in eine gemiethete Wohnstube gebrachte, nicht dem Miether gehörige aber von ihm benutzte Seidenwindmaschine ist dem Retentionsrecht des Vermiethers nicht unterworfen. Art. 294 Abs. 1 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Recurskammer des Obergerichtes vom 16. Januar 1885 i. S. Baumann älter & Cie. c. Wittwe Kündig.

Im Kanton Zürich kommt es häufig vor, dass Fabrikanten in der Weise Arbeiter ausser dem Etablissement beschäftigen, dass sie ihnen Rohmaterial und Werkgeschirr mit nach Hause geben, und die Arbeiter zur Arbeitsverrichtung statt besonderer lediglich hiefür bestimmter Räumlichkeiten ihre Wohnung benutzen. In einem Falle dieser Art, wo eine Zürcher Firma einer Arbeiterin eine Seidenwindmaschine überlassen hatte, wurde an dieser für den Miethzins der Wohnung ein Retentionsrecht geltend gemacht, dieser Anspruch aber gegenüber der Vindication des Eigenthümers der Maschine nicht geschützt.

Motive: Art. 294 Abs. 1 des O.-R. räumt dem Vermiether einer unbeweglichen Sache ein Retentionsrecht für den Miethzins nur ein an solchen in das Miethlocal eingebrachten beweglichen Gegenständen, welche zur Einrichtung oder Benutzung desselben gehören. Demzufolge wird das Retentionsrecht bei vermietheten Wohnungen geltend gemacht werden dürfen an den eingebrachten hausräthlichen Gegenständen, bei vermietheten Magazinen oder Läden an den in diese Räume geschafften Sachen (Fässer, Kisten mit Waaren, Ladenartikel und drgl.). Von dem hier in Frage kommenden Gegenstand kann indess nicht gesagt werden, dass er zur Einrichtung oder Benutzung der gemietheten Räumlichkeit in diese gebracht worden sei. Die Localitäten, um die es sich handelt, waren als Wohnung vermiethet, und erst später wurde die Maschine in die Wohnstube gestellt, damit die Inhaberin derselben sich mit Seidenwinden beschäftigen könne; es war auch nicht etwa von Anfang der Miethe an vorgesehen oder einverstanden, dass die Wohnstube nebenbei auch als Arbeitslocal, gleichwie eine Werkstätte für den von der Mietherin betriebenen Beruf benutzt werde; die Maschine war nicht dazu bestimmt, bleibend in der Wohnung zu stehen, sondern nur für die Zeit, da die Inhaberin für den Eigenthümer der Maschine Seide zu winden

hatte, und es trifft demnach das vom Gesetze geforderte Requisit nicht zu.

---

158. *Eigenthumsübertragung an beweglichen Sachen. Besitzübergabe. Waarenabtretung an Zahlungsstatt. Simulirter oder reeller Miethvertrag über ein Zimmer im Hause des Schuldners. Art. 199 O.-R.*

St. Gallen. Urtheil des Kantonsgerichts vom 9. April 1885.

In dem am 13. Februar 1884 eröffneten Konkurse des E. W. erklärte dieser, ein Zimmer im ersten Stocke seines Hauses sei seit 16. Januar an seinen Schwager J. L. vermiethet, worauf dieses Zimmer nebst Inhalt von der concursrechtlichen Inventuraufnahme ausgenommen wurde. Später erfuhr J. W. K., ein Gläubiger des E. W., dass in diesem Zimmer Waaren liegen, die dem E. W. gehören, die dieser aber kurz vor dem Concurse dem J. L. als Deckung überlassen habe. J. W. K. verlangte die Nachinventur über diese Waaren und klagte gegen J. L. auf deren Herausgabe in die Concursmasse, da die am 22. Januar erfolgte Abtretung dieser Waaren von J. L. ungültig sei. Bei der am 17. April vorgenommenen Nachinventur befand sich der Schlüssel zu fraglichem Zimmer im Besitz der Frau des E. W., angeblich deswegen, weil in diesem Zimmer auch Mobilien stehen, die ihr gehören, und damit sie jederzeit Zutritt zum Zimmer habe, um es lüften und reinigen zu können. — J. W. K. stützte seine Anfechtung der Waarenabtretung vom 22. Januar darauf, dass die laut Art. 199 O.-R. zur Eigenthumsübertragung erforderliche Besitzübergabe an J. L. nicht stattgefunden habe, die Waaren also beim Concursausbruch noch Eigenthum des E. W. gewesen seien. Der blosse Aufsatz eines Miethvertrages über ein Zimmer im Hause des Schuldners sei noch keine Besitzergreifung dieses Zimmers seitens des Gläubigers bezw. des J. L. Dieser habe nicht bewiesen, dass er vom Miethgegenstand Besitz ergriffen und dadurch Miethbesitz am Zimmer erworben habe. Die Ueberlassung des Zimmerschlüssels, d. h. der Dispositionsmöglichkeit über dieses Zimmer an die Frau des Vermiethers bezw. des Concursanten E. W. spreche gegen eine wirkliche Miethbesitzergreifung; das ganze Abtretungsgeschäft erscheine als eine unstatthafte Begünstigung des J. L. zum Nachtheil aller andern Gläubiger des E. W. und der Miethvertrag vom 16. Januar als ein blosser Scheinvertrag. J. L. beharrte auf der Gültigkeit der Waarenabtretung und anerbot den Eid darauf, dass ihm die am 22. Januar gekaufte Waare von E. W. sofort nach dem Kauf übergeben und in das schon am 16. Januar gemiethete Zimmer verbracht worden

sei, in welchem sich bereits eine Parthie Möbel befanden, die ihm schon früher ebenfalls als Zahlung überlassen worden seien, ferner, dass ihm (dem J. L.) der Zimmerschlüssel beim Miethabschluss übergeben worden und dass er diesen Schlüssel nach ausgebrochenem Concurse der Frau E. W. zum Zwecke der Zimmerreinigung überlassen, und ihn, nach Anfertigung eines zweiten Schlüssels seither wieder zu Handen genommen habe. — Das Concurs-Gericht hat dem J. L. den angetragenen Eid abgenommen und daraufhin den J. W. K. mit seiner Klage abgewiesen. Die Abtretung der Waaren vom 22. Januar ist durch formell beweiskräftige Urkunde ausgewiesen und durch keinen Gegenbeweis entkräftet, E. W. war zur Zeit der Abtretung dazu rechtlich befugt. Es kann sich sonach, da die Abtretung nicht innert der im Concursgesetz Art. 21 vorgesehenen Anfechtungsfrist stattgefunden hat, nur fragen, ob die im Art. 199 O.-R. erforderliche Besitzübergabe der Waaren an J. L. wirklich erfolgt, oder ob letztere nicht Mangels der Besitzübergabe im Eigenthum des E. W. verblieben seien. Es sind nun die in den Concursacten und in der gegen E. W. wegen Massadefraudation geführten Stratuntersuchung liegenden, einen halben Beweis bildenden Anhaltspunkte durch den von J. L. geleisteten Eid zum vollen Beweis erhoben, dass nämlich J. L. schon vor der Waarenabtretung ein Zimmer im Hause des E. W. gemiethet und dass er die streitigen Waaren sofort in dieses Zimmer verbracht und dass er von diesem Zimmer auch den Schlüssel in Handen gehabt habe. Hierin liegt der auch nach Ansicht des Kantonsgerichts für die Annahme der im Art. 199 O.-R. vorgeschriebenen Besitzübergabe erforderliche Nachweis eines wirklichen und ernsthaften Miethvertragsvollzuges, indem hiefür die blosse Vorlage eines schriftlichen Miethvertrages über ein Zimmer, in welchem sich die an den Miether abgetretenen Waaren vielleicht schon vorher befunden haben könnten, oder über welches dem Vermiether freie Dispositionsmöglichkeit geblieben sein könnte, allerdings nicht unter allen Umständen genügen würde.

---

159. *Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung. Art. 154 O.-R. Es ist nicht nothwendig, dass eine bestimmte Summe anerkannt werde, vielmehr genügt die Anerkennung des Anspruchs im Allgemeinen, zumal wenn die Parteien seit Jahren mit einander in Rechnung stehen.*

**Thurgau** Urtheil des Obergerichts vom 3. Juli 1885 i. S. Joh. Gerber c. Ulrich Gerbers Erben.

Die Appellatschaft macht aus verschiedenen Zahlungen und

Leistungen des verstorbenen Ulrich Gerber an den Appellanten, seinen Bruder, die Forderung von Fr. 4586 geltend. Appellant verlangt Abweisung der Klage, indem er behauptet, sie sei verjährt. Eventuell wird die Ansprache in allen Posten qualitativ und quantitativ bestritten. Im Jahre 1875 sei abgerechnet und der Saldo dem Ulrich Gerber ausbezahlt worden. Dem gegenüber wenden die Appellaten ein, Appellant habe die Forderung wiederholt mündlich innert der Verjährungsfrist anerkannt, so auch 1884 noch gegenüber der Frau des Ulrich Gerber; er habe auch Abschlagszahlungen gemacht, darunter die letzte mit Fr. 520 im Jahre 1876.

Die erste Instanz fand, die Forderung wäre verjährt, wenn nicht Unterbrechung der Verjährung eingetreten sei, und erkannte desshalb vorerst auf den Beweis dieser Unterbrechung durch das Schiedshandgelübde des Appellanten: es sei nicht wahr, dass er seit dem 22. März 1875 dem Appellaten gegenüber und speciell im Jahre 1884 der Frau des Appellaten gegenüber sich als Schuldner bekannt habe und dass die letzte Zahlung von Fr. 520 im Jahre 1876 geschehen sei.

Das Obergericht verwarf das Begehren des Appellanten auf sofortige Abweisung der Klage und bestätigte den Beweisbeschluss der ersten Instanz.

Motive: Es handelt sich hier darum, auf welche Weise die appellatische Partei den ihr obliegenden Beweis für die Unterbrechung der Verjährung zu leisten habe. Sie hat ihn beantragt durch die beiden Thatsachen: 1. dass Appellant seit 1875 dem verstorbenen Ulrich Gerber und 1884 speziell seiner Frau gegenüber sich als Schuldner bekannt habe, und 2. dass die letzte Zahlung von Fr. 520 im Jahre 1876 geschehen sei. Appellant behauptet, beide Thatsachen seien unerheblich, event. sei der Beweissatz bestimmter zu fassen.

Speziell in Bezug auf den ersten Punkt wird geltend gemacht, dass eine bestimmte bezifferte Summe hätte anerkannt werden müssen. Es bestimmt Art. 154 O.-R., dass die Verjährung unterbrochen werde durch Anerkennung des Anspruches von Seite des Schuldners; er verlangt nicht ausdrücklich, dass eine gewisse Summe anerkannt werden müsse, sondern nur Anerkennung des Anspruches. Der Beweisantrag der appellatischen Partei ist allerdings etwas vag, allein er findet seine Rechtfertigung in den Verhältnissen zwischen den Litiganten, welche seit Jahren mit einander in Rechnung standen und nunmehr über den Saldo des Rechnungsverhältnisses mit einander im Prozess stehen. Bei einer solchen Sachlage genügt es, wenn die eine Partei sich allgemein als Schuldner der andern

erklärt hat, wenn sie anerkannte, dass diese ihr gegenüber einen Anspruch habe, und bleibt die Festsetzung des Quantitativs einem besonderen Beweisverfahren vorbehalten. Somit fällt das Begehren um Abänderung des ersten Beweissatzes dahin.

In zweiter Linie wird von dem Appellanten hervorgehoben, die Zahlung von Fr. 520, innerhalb der Verjährungsfrist, angeblich 1876 erfolgt, sei eine Saldozahlung gewesen und deshalb unerheblich für den Beweis der Unterbrechung der Verjährung. Allein dem gegenüber ist darauf hinzuweisen, dass die Rechnungsverhältnisse zwischen den Parteien noch in keiner Weise klar gemacht sind; die appellatische Partei behauptet, dass eine Zahlung von Fr. 520 1876 geschehen sei, und dieselbe hätte zweifelsohne, wenn sie eine Abschlagszahlung war, die Verjährung unterbrochen (Art. 154 Ziff. 1 O.-R.). In diesem Stadium des Prozesses, wo es sich erst um die Verjährung, nicht die Abwicklung des Rechnungsverhältnisses zwischen den Parteien handelt, kann noch nicht näher festgestellt werden, ob diese Zahlung eine Abschlagszahlung oder eine Saldozahlung war. Letztere Behauptung ist eine Gegeneinrede (replicatio), deren Begründetheit erst bei Ermittelung des Quantitativs untersucht werden kann.

---

**160.** *Werkvertrag. Bemängelungsfrist im Verkehr zwischen Stickfergger und Sticker. — Gilt vorbehaltlose Auszahlung des Sticklohnes als stillschweigende Genehmigung der abgelieferten Waare? Usus. Art. 357, 360, 361, O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil der Rekurskommission des Kantonsgerichts vom 24. Juli 1885.

J. V. hat im Jahr 1884 dem H. K. die Ausführung von Stickereien in Arbeit gegeben. J. V. behauptet dabei als Fergger und nicht für eigne Rechnung gehandelt und über diesen Verkehr je am Anfang eines Monats in der Weise Abrechnung gepflogen zu haben, dass dabei dem H. K. auf den von ihm im abgelaufenen Vormonat abgelieferten Waaren die Sticklöhne gutgeschrieben und ausbezahlt worden seien unter Abrechnung derjenigen Beträge, welche dem J. V. von seinen Arbeitgebern seit der vorangegangenen Monatsabrechnung mit H. K. auf dessen Stickereien wegen mangelhafter Arbeit für Nachsticken und Retourwaaren in Abzug gebracht worden sind, so dass also dem H. K. diese Abzüge nicht bloss auf den im Abrechnungsmonat gemachten Ablieferungen, sondern auch auf frühern Ablieferungen nachträg-

lich in Rechnung gebracht worden seien, für welche er schon bei einer vorangegangenen Abrechnung seinen Sticklohn ohne Abzug von J. V. ausbezahlt erhalten habe. So erzeigte die Abrechnung vom 7. September 1884 ein Sticklohnguthaben des H. K. auf seinen August-Ablieferungen von Fr. 324. Dieses wurde ihm unter Abzug von Fr. 50 für Nachsticklöhne und Abzüge auf seinen Juni- und Juli-Ablieferungen mit Fr. 274 ausbezahlt. Im September belief sich sein Sticklohnguthaben auf Fr. 51. Dagegen die erst seit der September-Abrechnung auf seiner Augustwaare erlaufenen Nachsticklöhne, Abzüge und Retourwaaren-Vergütungen Fr. 214; so dass H. K. dem J. V. noch Fr. 163 herauszuzahlen hatte. Hiezu in Folge nachträglicher Dispositionsstellung der Septemberwaare die dafür gut geschriebenen Fr. 51. Das ergibt ein Gesammtguthaben des J. V. an H. K. von Fr. 214. J. V. erhielt von seinen Auftraggebern die auf H. K.'s Augustwaare bezüglichen Reklamationen und Abzugsnoten am 8. und 11. September und will sie am 12. gleichen Monats dem H. K. notifizirt haben. Am 28. gleichen Monats remonstrirt H. K., „dass er von der (am 7. September) „abgerechneten Waare weder Retoursticknoten noch Abzug an„nehmen werde." — Vor Bezirksgericht klagte J. V. auf Bezahlung der Fr. 214 und anerbot den Beweis mittelst seiner Buchführung und Eid und mittelst der Abzugsnoten seiner Auftraggeber für die Richtigkeit seiner Forderung in quantitativer Hinsicht sowie dafür, dass er als Fergger mit H. K. verkehrt, dass dieser hievon Wissen gehabt habe und mit dem oben ausgeführten Abrechnungsmodus bisher immer einverstanden gewesen sei. Dieser Modus sei Usus im Geschäftsverkehr zwischen Fergger und Sticker und durch des erstern Stellung zu seinen Geschäftshäusern geboten. H. K. bestritt die Ferggerstellung des J. V. an sich und bestritt sie gekannt zu haben. Er erklärt dessen Reclamationen als materiell nicht begründet und formell verwirkt durch die vorbehaltlose Auszahlung bei der Monatsabrechnung, laut Art. 357, 360, 361, O.-R.

Das Bezirksgericht hat dem J. V. ohne Eidesabnahme seine Forderung zuerkannt, gestützt auf den im Verkehr zwischen Fergger und Sticker waltenden Usus, dass sich die Sticker selbst nach Abrechnung und Auszahlung der Sticklöhne noch Abzüge der betreffenden Geschäftshäuser des Ferggers gefallen lassen müssen. Dieser Geschäftsmodus habe laut den Büchern des J. V. auch zwischen diesem und H. K. stattgefunden und sei dessen Ferggerstellung

des J. V. bewiesen. — H. K. verlangt Nichtigerklärung dieses Urtheils wegen Verletzung der civilprocessualischen Beweisvorschriften, laut welchem die Buchführung des J. V. ohne Eid nur halben Beweis und die Abzugsnoten seiner Geschäftshäuser dem H. K. gegenüber gar keinen Beweis für die materielle Begründung der Abzüge biete. — Ferner wegen Verletzung der Art. 70—73, 124, 125 O.-R., wegen Anerkennung eines Usus entgegen den gesetzlichen Bestimmungen über Rückforderung gemachter Leistungen, und der Art. 357, 360, 361, O.-R., wegen Zulassung solcher Reclamationen so lange nach Abrechnung und Auszahlung der gelieferten Waare. — Die Recurscommission hat die Nichtigerklärung ausgesprochen, aber nur wegen Verletzung der formell bindenden Beweisvorschriften in Art. 134, 143, 177 pr. civ. Dagegen würde bei vollem Beweise des von J. V. behaupteten Thatbestandes eine Verletzung der Art. 70–73, 124, 125, 357, 360, 361 O.-R., nicht vorliegen. Analog wie beim Kauf (Art. 246 O.-R.) muss beim Werkvertrag der Besteller (Art. 357 O.-R.) nach Ablieferung des Werkes nicht unter allen Umständen sofort in einer absolut gültigen festen Frist, sondern sobald es „nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist," dessen Beschaffenheit prüfen und dem Unternehmer von allfälligen Mängeln Kenntniss geben. Wenn nun im Verkehr zwischen Fergger und Sticker nach allgemeinem Usus der Sticker sich je auch nach der mit dem Fergger gepflogenen Abrechnung und Auszahlung der Sticklöhne noch solche Abzüge gefallen lassen muss, die seinem Fergger erst nachträglich von dessen Geschäftshäusern gemacht werden, so hat der Sachrichter zu entscheiden, ob im streitigen Falle eine solche Reclamation verspätet sei, oder ob sie im Sinne von Art. 357 O.-R. nach dem in dieser Geschäftsbranche üblichen Geschäftsgange nicht früher „thunlich" war. Mit Rücksicht auf den Usus im Stickfergger-Geschäft kann auch weder in der Unterlassung der Reclamation bei Ablieferung der Waare an den Fergger noch in der sofortigen vorbehaltlosen Ausbezahlung des Sticklohnes vom Fergger an den Sticker die im Art. 360, 361 O.-R. vorgesehene ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Stickwaaren liegen, indem die Zulässigkeit späterer Reclamation eben Kraft Usus beidseitig stillschweigend anerkannt und vorbehalten bleibt; — namentlich wenn wie hier diesem Usus conform auch bei allen frühern Abrechnungen so verfahren worden ist, was J. V. zu beweisen beantragt hat.

Der Art. 361 O.-R. wird durch diesen Usus nicht ein-

gebrochen. Der Fergger gilt dem Sticker gegenüber nicht als der wirkliche Besteller, sondern als Mittelsperson zwischen seinen Geschäftshäusern und dem Sticker und hat, da er die Waare für erstere bestellt und abnimmt, jenen auch die Prüfung, Genehmigung und Bemängelung zu überlassen. Und da dem Fergger die Genehmigung der Arbeit überhaupt nicht zusteht, so kann ihm die Unterlassung der Prüfung und Bemängelung daher auch nicht als stillschweigende Genehmigung ausgelegt werden; ebenso wenig die vorbehaltlose Auszahlung des Sticklohnes, da der Vorbehalt nachträglicher Bemängelung in diesem Verkehr als stillschweigend vereinbart beidseitig anerkannt wird.

---

161. *Kauf oder Gebrauchsleihe? Abschluss des Verrages. Stillschweigende Aeusserung des Vertragswillens. Art. 1, 229, 321 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil der Recurscommission des Kantonsgerichts vom 28. Juli 1885.

N. und Cp. in Wien facturirten am 4. October 1883 dem A. St. in Rorschach „263 Säcke Weizen netto 20054 „Kilogr. à Fr. 23¼ Fr. 4662. 55 und 263 Säcke à Fr. 1 „Fr. 263, Total Fr. 4925. 55, 2 Monat Accept, Säcke 4 „Wochen leihfrei und franco Wien retour.“ Die Factur enthielt die Einladung zu Gutschrift obiger Fr. 4925. 55 und zur Honorirung der per 4. December Ordre eigene auf A. St. abgegebenen Fr. 4662. 55. A. St. erhielt die Waare, honorirte bei Verfall die auf ihn abgegebenen Fr. 4662. 55 und schickte die Säcke nicht zurück; er unterliess aber zugleich Anzeige an N. und Cp. vor und nach Ablauf der 4 Wochen, ob er sie definitiv behalten oder wieder zurücksenden werde. Am 15. Januar 1884 ersuchten N. und Cp. um Rücksendung der Säcke, mit dem Bemerken, dass sie an Leihgebühr ab 4. November per Stück und per Woche 3 Rp. anrechnen. Am 8. April ersuchten sie nochmals um Retournirung, ansonst sie darüber Rechnung geben werden, die Leihgebühr müsse ja bezahlt werden. Am 10. Mai stellten sie, „da sie nur annehmen können, dass er die Säcke behalten wolle“, Rechnung über die Leihgebühr vom 4. November bis 10. Mai à 3 Rp. per Sack und per Woche, 263 Säcke 27 Wochen Fr. 213. 03, 263 Säcke à Fr. 1 (Ueberlassungspreis) Fr. 263, Total Fr. 476. 03. Am 17. Juni verlangten sie abermals entweder die vollen Fr. 476. 03 oder

die Leihgebühr Fr. 213. 05 und die Rücksendung der 263 Säcke. A. St. liess alle diese Mahnungen unbeantwortet. Erst am 23. Juli 1884 erklärte er, er anerkenne die Rechnung nicht; entweder könne die Miethe, oder der Ueberlassungspreis für die Säcke (letzterer höchstens mit Zinsen), aber nicht beides zusammen angerechnet werden. Am 5. September 1884 belangten N. und Cp. den A. St. für Fr. 263 Ueberlassungspreis der Säcke, (oder die Säcke in natura zurück) und für Sackmiethe vom 4. November bis 1. September Fr. 339. 27, Total Fr. 602. 27. Das Bezirksgericht hat die N. und Cp. bei dieser Forderung geschützt, wobei es dem A. St. freistehe, anstatt dem Werth der Säcke Fr. 263, diese selbst zurückzugeben. A. St. verlangt Nichtigerklärung dieses Urtheils, weil es den Art. 229 O.-R. und die Beweisvorschriften des Civilprocesses verletze. Der Kauf über die Säcke sei laut Factura vom October 1883 mit Ablauf der 4 Wochen Rücksendungsfrist perfect und die Säcke sein Eigenthum geworden, auf gekauftem Eigenthum schulde er keine Leihgebühr, nur den Kaufpreis und allenfalls Verzugszins auf letzterm.

Die Recurscommission hat aber diesen Recurs aus folgenden Gründen abgewiesen:

Das Bezirksgericht hat dem Kläger die Sackmiethe zuerkannt, weil es annahm, dass ein perfecter Kauf über die Säcke noch nicht vorliege und dass die Säcke noch Eigenthum des Klägers seien. Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Allerdings kann diese auch ohne ausdrückliche Erklärung stillschweigend erfolgen und aus der Handlungsweise eines Contrahenten erkennbar sein (Art. 1 O.-R.). So kann unter Umständen auch ein Käufer seinen Kaufswillen stillschweigend dadurch bekunden, dass er die ihm gesandte und facturirte Waare behält und über sie verfügt. Der Sachrichter hat zu entscheiden, ob im streitigen Falle der Handlungsweise des einen Contrahenten die rechtliche Bedeutung einer stillschweigenden für den andern Contrahenten wirklich erkennbaren Willenserklärung beizumessen sei. Die Bestellung des A. St. war nur auf den Weizen, nicht auf die Säcke gerichtet. So konnte der Factura hinsichtlich der Säcke die Bedeutung einer einseitigen Vertragsofferte beigelegt werden, über deren Annahme sich der Empfänger erst noch zu erklären habe. Die Offerte lautete alternativ auf Kauf und auf Gebrauchsleihe. Das blosse Behalten der Säcke nach Ablauf der 4 Wochen Gebrauchsleihe-

frist konnte von A. St. allerdings im Sinne stillschweigender Annahme der Kaufsofferte gemeint sein; aber der Sachrichter konnte ohne Verletzung des Art. 1 und 229 O.-R. finden: es sei für den Kläger im blossen Nichtzurücksenden der Säcke noch keine sicher erkennbare, jedenfalls nur auf Kauf gerichtete Willenserklärung des Beklagten gelegen; zumal der letztere aus den wiederholten Anfragen und Mahnungen des Klägers vom Januar bis Juni sich überzeugen musste, dass sich der Kläger über die Bedeutung des Nichtzurücksendens der Säcke völlig im Unklaren befinde. Kläger konnte annehmen, der Beklagte habe keine Kaufsabsicht; er befinde sich wohl nur im Verzug mit der ihm bei Ablauf der Gebrauchsleihefrist obliegenden Pflicht zur Zurücksendung der Säcke, Art. 321, 117, Abs. 2 O.-R. In diesem Falle habe er kein Eigenthum an den Säcken erworben, hafte dem Kläger für deren Zurückgabe und für Entschädigung wegen ihres Gebrauches seit Ablauf der unentgeltlichen Leihefrist. Umgekehrt würde auch dem Beklagten gegenüber dem Kläger nach Ablauf der 4 Wochen Leihefrist noch zugestanden sein, die Säcke zurückzugeben unter Entschädigung für deren seitherige Benutzung, indem unter obwaltenden Umständen die einfache Nichtzurücksendung keineswegs einer auf käufliche Erwerbung gerichteten sichern Willenserklärung gleichkomme.

---

162. *Pacht. Vorzeitige Kündigung aus wichtigen Gründen. Art, 310 O.-R.*

Uri. Urtheil des Bezirksgerichts vom 10. Februar 1885 i. S. J. Müessli c. Actiengesellschaft Schützengarten Altorf.

Mich. Echser schloss mit der Actiengesellschaft Schützengarten Altorf einen Pachtvertrag pro 1884 ab, wonach letztere ihm ihr Bierbrauereigeschäft mit Zubehör gegen die Bezahlung eines jährlichen Zinses von Fr. 1000 zum Betriebe überliess. J. Müessli trat während dieser Zeit in das Geschäft in gleichen Conditionen wie Echser als dessen Untermiether ein. Letzterer Vertrag erlosch mit 11. November 1884. Schon am 26. Januar 1884 schloss Müessli mit der Actiengesellschaft Schützengarten auf die Zeit vom 11. November 1884 an einen neuen Vertrag auf 4 Jahre, wodurch er zu einem jährlichen Pachtzinse von Fr. 2200 und zur Lieferung von concurrenzfähigem Bier verpflichtet wurde. Anderseits musste der Miether der Wirthschaft seinen Bierbedarf von Müessli beziehen. Müessli kündigte, da er den neuen Vertrag unerträglich fand und sich mit dem

Wirthe in Differenzen verwickelt hatte, am 8. November den noch nicht angetretenen neuen Vertrag. Die Actiengesellschaft zum Schützengarten aber bestritt die Zulässigkeit der Kündigung und forderte eventuell bei der gerichtlichen Verhandlung den Zins für die 4 Vertragsjahre mit Fr. 8800, während M. bloss eine Entschädigung von höchstens 3300 Fr. anerbot.

1. Der Vertrag wurde als Pachtvertrag und nicht als Miethvertrag bezeichnet: a) weil die Parteien ihn selbst so benannt hatten, b) weil Art. 296 als Beispiel eines Pachtobjectes u. A. auch ein „industrielles Gewerbe" nenne.

2. Der Ausweis, dass der Pachtzins von 2200 Fr. nicht bloss ein hoher, sondern ein absolut unerträglicher sei, wurde vom Kläger geleistet und auch von der Actiengesellschaft theilweise wenigstens zugestanden.

3. Anderseits war festgestellt, dass unter gegenwärtig obwaltenden Umständen auch zu bedeutend reduzirtem Pachtzins der Erhalt eines neuen Pächters fraglich sein dürfte und dass somit durch Auflösung des in Frage stehenden Pachtvertrages für die Beklagtschaft bedeutender Schaden sich ergeben werde, dem der seitens des Klägers anerbotene Ersatz von Fr. 3300 nicht volle Genüge leistet.

4. Art. 310 gestattet jeder der contrahirenden Parteien aus wichtigen Gründen den Rücktritt vom Vertrage, mit der Weisung jedoch, dass über das Mass der Entschädigung, wenn sich die Parteien nicht einigen können, der Richter nach Gutfinden entscheide, immerhin den Ersatz mindestens einem Jahreszinse gleichzustellen habe.

Gestützt auf diese Motive hat das Bezirksgericht erkannt: Die Actiengesellschaft Schützengarten habe die von. J. Müessli, Bierbrauer, unterm 8. November 1884 ihr notifizirte Rücktrittserklärung von dem unterm 26. Januar 1884 mit Beginn auf 11. November l. J. abgeschlossenen Pachtvertrag um die Brauerei z. Schützengarten mit Zubehör anzuerkennen. Dagegen habe Kläger Müessli der Beklagtschaft eine Entschädigung von Fr. 4400 zu leisten.

163. *Collectivgesellschaft. Vorzeitige Auflösung aus wichtigen Gründen. Die Wirksamkeit der Auflösung ist auf den Zeitpunkt zurückzubeziehen, in welchem die hierauf gerichtete Erklärung vom Gesellschafter aus einem wichtigen, hiezu genügenden Grunde abgegeben wurde. Art. 547 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 2. Mai 1885 i. S. Robi c. Thalmann.

Ein Gesellschafter klagte gegen seinen Associe auf Auflösung der Gesellschaft vor Ende der Vertragsdauer wegen wichtiger Gründe, und verlangte, dass die Aufhebung des Gesellschaftsvertrages in ihrer Wirksamkeit auf den Zeitpunkt zurückbezogen werde, in welchem diese Gründe in dem Benehmen des Beklagten zuerst zu Tage getreten seien; eventuell beantragte er, dass die Auflösung auf den Zeitpunkt der Einleitung der Klage ausgesprochen werde. Das Gericht ging davon aus, die nach Art. 547 O.-R. zur einseitigen Vertragsauflösung erforderlichen Gründe seien vorhanden, und entschied im Weitern dahin, die Auflösung müsse auf den Zeitpunkt zurückbezogen werden, in welchem die hierauf gerichtete Erklärung des Gesellschafters aus einem wichtigen, hiezu genügenden Grunde abgegeben worden sei.

Motive: Das Obligationenrecht lässt allerdings die vorwürfige Frage offen, indem es einfach die Möglichkeit gewährt, eine auf bestimmte Dauer eingegangene Gesellschaft vorzeitig aufzuheben (Art. 545 Ziff. 7 u. 547), ohne festzusetzen, in welchem Zeitpunkt, die Gutheissung einer solchen Klage vorausgesetzt, die Auflösung wirksam werde. Dagegen hat sich die Praxis der deutschen Gerichte, auf welche um so eher verwiesen werden kann, als die das Gesellschaftsrecht beschlagenden Grundsätze des Obligationenrechts dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch nachgebildet sind (vergl. Hafner Kommentar Einl. S. XVII), wiederholt dahin ausgesprochen, dass die Auflösung in dem Augenblick erfolgt sei, in welchem die Erklärung hiezu aus einem wichtigen, dafür genügenden Grunde abgegeben werde. (Vergl. Kowalzig, Komm. z. allgem. d. Handelsges.-B. 2. Aufl. S. 140 Anm. 92. Endemann, deutsch. Handels- und Wechselrecht Bd. I S. 406.) Dieser Satz entspricht auch dem gemeinen Rechte, welches zwar eine auf die Auflösung der Gesellschaft gerichtete Klage nicht kennt, die Auflösung aber, das Vorhandensein erheblicher Gründe vorausgesetzt, von der Erklärung des zum Rücktritt berechtigten Theiles abhängig macht. (Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, S. 149, Kowalzig a. a. O. Windscheid, Pand. 5. Aufl. Bd. II S. 536 Anm. 8.) Es erscheint

nun aber auch vom Standpunkt des Obligationenrechts aus um so eher geboten, dieser Auffassung zu folgen, als aus Art. 547 keineswegs mit Nothwendigkeit hervorgeht, dass die Gründe, welche zur Klage berechtigen, in einem vertragswidrigen Verhalten des Mitgesellschafters liegen müssen, vielmehr die Auflösung unter Umständen, ähnlich wie nach dem deutschen Handelsgesetzbuch Art. 125 Ziff. 5, auch dann angestrebt werden kann, wenn sich dieselben auf die Person des Klägers selbst beziehen. (Vergl. auch Puchelt, Komm. z. d. Handelsges.-B. S. 210 Ziff. 8.) In einem solchen Falle wird naturgemäss für die Auflösung ein früherer Zeitpunkt, als derjenige, in welchem jener zuerst verlangt wird, gar nicht in Betracht kommen können. Endlich dürfte es auch da, wo die Gründe in der Person des Mitkontrahenten liegen, schwer halten, im einzelnen Falle den Moment zu fixiren, in welchem dieselben zuerst in erheblichem Masse sich geltend gemacht haben; denn in der Regel wird nicht einzelnen Thatsachen an sich, sondern erst dem längere Zeit hindurch fortgesetzten vertragswidrigen Verhalten, das sich in einer Reihe von Handlungen des vertragsbrüchigen Theiles dokumentirt, die Bedeutung beigemessen werden können, dass sich darauf eine Klage aus Art. 547 gründen lasse.

---

**164.** *Collectivgesellschaft. Solidarhaft der Gesellschafter. Mit Ausbruch des Gesellschaftsconcurses kann jeder Gesellschafter persönlich belangt werden, ohne Rücksicht auf die Liquidation der Gesellschaftsmasse. Art. 162. 564 l. 3, 568, 572 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Appellationsgerichtes vom 18. Juni 1885 i. S. Eidgenössische Bank c. W. Burckhardt-Sarasin.

Beklagter ist Theilhaber der falliten Collectivgesellschaft Leonhard Paravicini. Diese schuldet nach Abzug alles dessen, was aus der Liquidation der Gesellschaftsmasse an die Klägerin gelangt ist, an letztere noch einen Betrag von Fr. 67 073. 65. Laut II. Collocation der Massacuratel ist es möglich, dass aus einem zur Zeit nicht liquidirbaren Theil der Activen noch eine weitere Dividende von höchstens 1% an die Gesellschaftscreditoren gelangen kann. Im Uebrigen ist die Liquidation und Vertheilung der Gesellschaftsmasse beendigt. Klägerin fordert nun an den Beklagten als solidarischen Theilhaber der Gesellschaft auf Grund von Art. 564 und 572 O.-R. Bezahlung der Summe von Fr. 67 073. 65. Beklagter wendet

ein, nach Art. 568 O.-R. könne, sobald einmal der Concurs über die Collectivgesellschaft ausgebrochen sei, der einzelne Gesellschafter auf Grund einer Solidarhaft nur insoweit für Gesellschaftsschulden belangt werden, als das Gesellschaftsvermögen für Befriedigung der Gesellschaftsforderungen nicht hinreiche. Diess setze voraus, dass zuvor derjenige Betrag, welcher aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zur Befriedigung gelange, festgestellt sei. Daher stehe erst nach rechtskräftig gewordener Schlusscollocation den Gesellschaftsgläubigern das Recht zu, für den unbezahlt bleibenden Rest ihrer Forderungen Befriedigung aus dem Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter zu suchen. Die Schlusscollocation über die Masse Leonhard Paravicini sei aber zur Zeit noch nicht erfolgt, die Forderung des Klägers also verfrüht. Zur Unterstützung seiner Ansicht beruft sich Beklagter auf den analogen Art. 122 des deutschen Handelsgesetzbuches, sowie auf ein Urtheil des deutschen Reichsgerichts vom 4. October 1881 (Seuffert Archiv, N. F. VII. Nr. 235), welches jene Bestimmung des D.-H.-G. im Sinne des Beklagten auslegt. -- Die Klage wurde in beiden Instanzen gutgeheissen, vom Appellationsgericht mit folgender Motivierung:

Der in Art. 564 l. 1. O.-R. als Regel aufgestellte Grundsatz der solidarischen Haftbarkeit der Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft wird in l. 3 des gleichen Artikels dahin eingeschränkt, dass der einzelne Gesellschafter für eine Gesellschaftsschuld erst dann persönlich belangt werden kann, wenn die Gesellschaft aufgelöst, oder erfolglos betrieben worden ist.

Danach kann sofort mit Ausbruch des Concurses (Art. 572) über die Collectivgesellschaft ein Gesellschaftscreditor für seine ganze Forderung jeden Gesellschafter persönlich belangen und seine Befriedigung aus dessen Privatvermögen suchen.

Wenn dann Art. 568 O.-R. ferner vorschreibt, dass wenn das Gesellschaftsvermögen nicht hinreiche, um den Gesellschaftsgläubigern volle Befriedigung zu gewähren, dieselben berechtigt seien, für den ganzen unbezahlt bleibenden Rest ihrer Forderungen aus dem Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters in Concurrenz mit dessen Privatgläubigern Befriedigung zu suchen, so muss zwar zugegeben werden, dass dieser Artikel ganz für sich allein betrachtet, ebensowohl im Sinne des Klägers, als auch in dem des Beklagten aufgefasst werden kann. Allein es ist klar, dass wenn man ihn in letzterm Sinn auffasst, und dahin auslegt, dass ein Gesellschaftsgläubiger den einzelnen Gesellschafter erst nach vollständig durchgeführtem Gesellschafts-

concurs und nur für den in demselben erlittenen Verlust belangen dürfe, derselbe in offenbaren Widerspruch tritt mit der Vorschrift des Art. 564 l. 3, wonach ein Gesellschaftsgläubiger den einzelnen Gesellschafter sofort nach ausgebrochenem Gesellschaftsconcurs und zwar für seine ganze Gesellschaftsforderung belangen darf. Nun behauptet allerdings der Beklagte, es liege hier nicht ein Widerspruch, sondern vielmehr eine bewusste und vom Gesetzgeber gewollte Ausnahme oder Abweichung von Art. 564 l. 3, für den speziellen Auflösungsfall der Gesellschaft durch den Concurs vor.

Bedenkt man aber, dass bei dieser Auffassung die solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden, welche nach Art. 564 die Regel bilden soll, zur seltenen Ausnahme gemacht und beinahe auf Nichts reducirt würde, so könnte eine so weit gehende Einschränkung in Art. 568 doch nur dann erblickt werden, wenn dieselbe ausdrücklich als solche sich kennzeichnete oder wenn der genannte Art. 568 durchaus in keiner andern Weise sich erklären, bezw. mit Art. 564 vereinbaren liesse, als bei Annahme einer solchen Einschränkung. Beides trifft aber hier nicht zu. Die vom Beklagten behauptete Einschränkung wird weder als solche im Gesetz ausgesprochen, noch ist man genöthigt, den Art. 568 in diesem Sinne auszulegen, um einen Widerspruch mit Art. 564 zu vermeiden. Art. 568 lässt sich vielmehr in ganz ungezwungener Weise so auslegen, dass der in Art. 564 l. 3 ausgesprochene Grundsatz ungeschmälert bestehen bleibt. Nach diesem Artikel hat der Gesellschaftsgläubiger das Recht, sofort nach Auflösung der Gesellschaft bezw. nach Ausbruch des Gesellschaftsconcurses, den einzelnen Gesellschafter für seine ganze Gesellschaftsforderung zu belangen. Bricht dann aber über den betreffenden Gesellschafter ebenfalls der Concurs aus, dann tritt der Gesellschaftsgläubiger in Concurrenz mit den Privatgläubigern desselben, und dann kann er nach Art. 568 im Privatconcurs nur für den von ihm im Gesellschaftsconcurs erlittenen Verlust seine Befriedigung suchen, d. h. seine definitive Befriedigung aus dem Privatconcurs des Gesellschafters bleibt ausgestellt, bis der Verlust, den er im Gesellschaftsconcurs erlitten hat, constatirt ist.

Bei dieser Auffassung liegt ein Widerspruch zwischen den beiden Artikeln nicht vor, und man ist daher nicht genöthigt, eine Ausnahme in das Gesetz hinein zu interpretiren, welche in demselben nicht ausgesprochen ist und welche bedenkliche practische Folgen haben würde.

Schon nach obigen Ausführungen muss dem Rechtsbegehren der Klägerin Folge gegeben werden. Wollte man sich aber auch prinzipiell auf den Standpunkt des Beklagten stellen und dem Gesellschaftsgläubiger das Recht, die einzelnen Gesellschafter zu belangen, erst nach Feststellung des im Gesellschaftsconcurs erlittenen Verlustes einräumen, so müsste immerhin diese Voraussetzung im vorliegenden Fall als vorhanden angenommen werden. Die rechtskräftige Hauptcollocation mit Feststellung der zuzulassenden Creditoren und mit Vertheilung einer Dividende von 40% hat am 19. März 1884 stattgefunden; am 29. Novbr. 1884 ist sodann eine zweite nachträgliche Collocation mit Vertheilung einer Dividende von 4% vorgenommen worden. Wenn nun noch einige kleinere zweifelhafte Posten ausstehen, welche vielleicht einen Dividendenbetrag von ½ bis 1% ergeben werden, so muss trotz dieser kleinen Ausstände die Liquidation in der Hauptsache als vollendet und der in der Gesellschaftsmasse erlittene Verlust des Klägers als festgestellt angenommen werden. Der Beklagte bestreitet seinerseits nicht, dass es sich nur noch um ganz unbedeutende und in unbestimmbarer Zeit eingehende Beträge handelt; allein er behauptet, es komme hier gar nicht in Betracht, ob der noch ausstehende Betrag ein grösserer oder ein kleinerer sei; es handle sich vielmehr um das Princip, dass der einzelne Gesellschafter erst belangt werden könne, wenn der im Gesellschaftsconcurs erlittene Verlust ganz genau und endgiltig festgestellt sei. Allein diese Argumentation geht offenbar zu weit und würde in der Praxis zu Resultaten führen, welche der Gesetzgeber schwerlich im Auge gehabt hat. Bei jedem grössern, und namentlich jedem kaufmännischen Concurs werden sich nach Schluss der Hauptliquidation noch einzelne kleinere, schwer zu liquidirende Posten vorfinden, deren definitive Realisirung vielleicht noch Jahre in Anspruch nehmen kann, und es können auch im Laufe der Zeit noch Beträge eingehen, auf deren Eingang kaum gerechnet worden war. Wenn nun der einzelne Gesellschafter erst dann belangt werden dürfte, wenn jeder, auch der kleinste, zweifelhafte Ausstand entweder wirklich eingegangen ist, oder sich als zweifellos unerhältlich herausgestellt hat, so würde der Moment, in welchem der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden belangt werden darf, in unabsehbare Ferne hinausgerückt, und die solidarische Haftbarkeit der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft würde vollends zur reinen Illusion werden.

Nach dem Gesagten muss der Beklagte auch bei seiner eigenen Auslegung des Art. 568 zur Bezahlung der einge-

klagten Summe verfällt werden, wobei es immerhin als selbstverständlich erscheint, dass nachträgliche, aus der Gesellschaftsmasse für die Klägerin noch erhältliche Beträge ihre entsprechende Verrechnung finden müssen.

---

165. *Prescription acquise antérieurement au 1er janvier 1883. Art. 147 et 883 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 12 mai 1885 dans la cause Grin c. Benay.

Benay a ouvert action à Grin pour obtenir le paiement de diverses fournitures faites au défendeur de 1878 jusqu'en novembre 1882.

Grin a invoqué la prescription des fournitures antérieures au 31 décembre 1880.

Le Juge de paix du Cercle d'Yverdon, fondé sur l'art. 147 C.-O., n'a admis la prescription que pour les marchandises fournies avant le 14 mars 1880, soit cinq ans avant l'ouverture de l'action.

Grin a recouru contre ce jugement, en se fondant sur ce que le juge n'aurait pas dû appliquer l'art. 147 C.-O., mais l'art. 1673 du code civil vaudois, d'après lequel l'action des marchands se prescrit par deux ans.

Le Tribunal cantonal a admis le recours.

Motifs: Considérant que l'art. 883 C.-O., sur lequel est basé le jugement dont est recours, ne peut s'appliquer qu'aux actions qui n'étaient pas encore prescrites au moment de l'entrée en vigueur du dit code, mais qu'il ne saurait être invoqué pour celles qui l'étaient déjà le 1er janvier 1883.

Attendu, en effet, que l'art. 883 C.-O. statue que les effets juridiques de faits antérieurs au 1er janvier 1883 restent régis, même après cette date, par les dispositions du droit cantonal sous l'empire desquelles ces faits se sont passés.

Considérant, dès lors, que l'action de Benay contre Grin, pour les fournitures livrées antérieurement au 1er janvier 1883, tombait sous le coup de l'art. 1673 du code civil vaudois, qui prévoit une prescription de deux ans pour l'action des marchands relative aux marchandises qu'ils vendent aux particuliers non marchands.

Considérant, dès lors, qu'au moment de l'entrée en vigueur du code des obligations, l'action de Benay contre Grin était prescrite pour toute fourniture livrée dans le courant de l'année 1880.

---

166. *Zeitliche Anwendung des Obligationenrechts. Eigenthumsrecht an beweglichen Sachen, vor dem O.-R. ohne Besitzübergabe gültig erworben, bleibt gültig, auch ohne nachträgliche Besitzergreifung seit Inkrafttreten des O.-R. Art. 199, 882 O.-R. Gültige oder simulirte Kaufverschreibung an Zahlungsstatt, bezw. gesetzlich unstatthafte Schuldverschreibung über die Viehhabe ohne Besitzergreifung an letzterer. Art. 16 O.-R. Art. 100 Schuldentriebgesetz.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 14. April 1885.

C. E. schuldete dem L. und G. E. Fr. 7000 und überliess ihnen eigenthumsweise an Zahlungsstatt durch schriftlichen Kaufvertrag vom 18. Nov. 1882 24 Stück Vieh, welche aber L. und G. E. nicht zu Handen nahmen, sondern in der Verfügung des C. E. stehen liessen zu einstweiliger Besorgung durch diesen für ihre Rechnung und zu gelegentlichem Weiterverkauf. — Im Januar 1883 fiel C. E. in Concurs, der Viehverkauf vom 18. November wurde den Gläubigern, darunter auch E. R. zur Kenntniss gebracht und blieb unangefochten, demgemäss wurde auch das den L. und G. E. verkaufte Vieh nicht als Massegut behandelt. Mangels liquidirbarer Activen wurde der Concurs am 6. Juli 1883 geschlossen. Im Jahr 1884 setzte E. R. für sein im Concurs verlorenes Guthaben an C. E. diesen in rechtliche Betreibung und erwirkte Pfandschatzung auf 5 Stück Vieh, welche in dessen Besitz standen, von welchen aber C. E. behauptete, sie seien seit 18. November 1882 nicht mehr sein Eigenthum, sondern an L. und G. E. verkauft worden. L. und G. E. klagen nun gegen E. R. auf Anerkennung ihrer Eigenthumsrechte an diesen 5 Stück Vieh und auf Nichtigerklärung der von E. R. auf diese vorsorglich und auf Recht hin erwirkten Schuldentriebschatzung. E. R. bestritt das Eigenthumsrecht des L. und G. E. gestützt auf folgende Gründe: Die 5 Stück Vieh seien bei der Schatzungsaufnahme in C. E's. Besitz gestanden, das begründe die Rechtsvermuthung, dass sie auch ihm gehört haben. Kläger L. und G. E. seien daher beweispflichtig für den von ihnen behaupteten Eigenthumserwerb an diesem Vieh; dieser Beweis sei nicht erbracht; denn das dem Kauf vom 18. November 1882 zu Grunde gelegene Forderungsverhältniss sei nicht bewiesen, eine rechtsgültige Abtretung des Viehes an Zahlungsstatt von C. E. an L. und G. E. sei nicht zu Stande gekommen; nicht vor dem Concurs des C. E.; der sog. Viehverkauf vom 18. Nov. 1882 sei nichts anderes als eine nach Art. 100 des Schuldentriebgesetzes „unstatthafte „Schuldverschreibung auf bewegliche Gegenstände, welche

„nicht in die Hand des Gläubigers übergehen, sondern in der„jenigen des Schuldners verbleiben“ — auch sei das Vieh nach Art. 199 O.-R., weil nicht in den Besitz, auch nicht ins Eigenthum des L. und G. E. übergegangen, also beim Concursausbruch noch Eigenthum des C. E. gewesen. — Nicht seit dem Concurs des C E., weil es auch seither fortwährend in der Verfügung des C. E. verblieben sei. Sonach haben L. und G. E. nach Art. 199 O.-R. auch seither kein Eigenthum daran erwerben können.

Das Kantonsgericht hat die Kläger L. und G. E. bei ihrer Eigenthumsansprache an fraglicher Viehhabe geschützt, nachdem der frühere Eigenthümer C. E. als Intervenient den von den Klägern auf ihn geöffneten Erfüllungseid für die vom Beklagten E. R. bestrittene Identität der in die beklagtische Schatzung genommenen mit der im Kaufvertrag vom 18. November 1882 aufgeführten Viehhabe geleistet hatte.

Motive: Die Abtretung der streitigen Viehhabe von C. E. an L. und G. E. mittelst Vertrages vom 18. November 1882 ist laut Concursprotocoll der Gläubigerversammlung in dem im Jahr 1883 über C. E. ausgebrochenen Concurse bekannt gegeben, von dieser geprüft, nicht angefochten und als zu Recht bestehend gelten gelassen worden. — Die Abtretung, welche der Beklagte E. R. gestützt auf Art. 199 O.-R. aus dem Grunde anficht, weil eine factische Besitzergreifung an fraglicher Viehhabe von Seite der Kläger L. und G. E. nicht stattgefunden habe, datirt vom 18. November 1882, also vor dem Inkrafttreten des O.-R. Nach St. Gallischem Rechte war damals zur Eigenthumserwerbung an beweglichen Sachen die Besitzübergabe nicht erforderlich; es genügte hiefür der übereinstimmende Vertragswille des Cedenten und Cessionars. — Das vor Inkrafttreten des O.-R. nach St. Gallischem Recht ohne Besitzübergabe gültig erworbene Eigenthum bleibt aber Eigenthum des Erwerbers L. und G. E. auch nach Inkrafttreten des O.-R. und fällt nicht an den frühern Eigenthümer C. E. zurück, wiewohl das durch das spätere O.-R. für den Eigenthumserwerb aufgestellte Erforderniss der Besitzergreifung auch nachträglich unerfüllt bleibt. Der Besitzstand des C. E. allein ohne entsprechenden auf Eigenthumsrückübergabe gerichteten Vertragswillen des L. und G. E. vermag das nach früherm Recht gültig geschaffene Eigenthumsverhältniss nicht zu alteriren, bezw. rückgängig zu machen. — Auch die weitere Einrede des E. R., die streitige Viehabtretung vom 18. November 1882 sei nicht ernsthaft gemeint, sondern eine nach Art. 100 im Schuldentrieb-

gesetz verpönte Schuldverschreibung auf das fragliche Vieh, weil letzteres nicht in die Hand der Gläubiger L. und G. E. übergegangen, sondern in derjenigen des Schuldners C. E. verblieben sei, entbehrt der Begründung; die Abtretung stellt sich in Wirklichkeit als eigentlichen Verkauf dar, durch welchen in gesetzlich erlaubter Weise das Kaufobject an Zahlungsstatt zur Tilgung einer ausgewiesen schon früher bestandenen Schuld des C. E. an L. und G. E. bleibend und zu Eigenthum an letztere überlassen wurde und nicht bloss in dem Sinne, dass die alte Schuld fortbestehen, erst später getilgt, inzwischen durch die überlassene Viehhabe pfandrechtlich versichert, und dass letztere dem Cedenten C. E. früher oder später bei Bezahlung seiner alten Schuld wieder zu Eigenthum zurückgenommen werden solle oder könne.

---

167. *Zeitliche Anwendung des Obligationenrechts. Für die Beurtheilung eines vor Einführung des Obligationenrechts abgeschlossenen Vertrages bleibt das zur Zeit des Vertragsabschlusses geltende Recht massgebend. Art. 882 O.-R. Die Prolongation einer Darlehensschuld gilt, auch wenn dabei ein neuer Schuldschein ausgestellt wird, nicht ohne weiteres als Novation. Art. 143 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 3. März 1885, i. S. Leihkasse Wädensweil c. Jakob Urner.

Die Leihkasse Wädensweil gab am 21. Febr. 1881 dem J. U. ein Darlehen von Fr. 3000 gegen einen Schuldschein. Zur Sicherung erhielt sie einen Schuldbrief von Fr. 3000 zu Faustpfand, und im weitern verpflichtete sich der Bruder des Schuldners als Bürge und Selbstzahler. Ursprünglich war die Schuld auf 6 Monate eingegangen, dieselbe wurde aber bei Verfall jeweilen erneuert, unter Ausstellung eines neuen Schuldscheines, zum letzten Mal den 21. Juli 1883. Die Bürgschaft war zeitlich nicht beschränkt, gegentheils war im Bürgschein erklärt, dass der Gläubiger jederzeit berechtigt sei, das Darlehen bei Verfall zu erneuern. Bei der in Folge Verzuges des Schuldners unterm 4. Juni 1884 stattgefundenen Versilberung des Faustpfandes wurde die verbürgte Forderung nur theilweise gedeckt und für den ausstehenden Rest belangte die Leihkasse den Bürgen. Dieser wendete u. a. ein, die Klägerin habe ihre Ansprüche deshalb verwirkt, weil sie ihm nicht rechtzeitig von der Versilberung des Faustpfandes Anzeige gemacht, so dass es ihm nicht möglich ge-

wesen sei, hiebei seine Interessen zu wahren. — Das Gericht entschied dahin, diese Einwendung sei nach dem zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft geltenden Recht, dem privatrechtlichen Gesetzbuch des Kantons Zürich, zu beurtheilen.

Motive: Die Bürgschaftsverpflichtung ist nicht erst am 21. Juli 1883, bei der letzten Erneuerung der Hauptschuld, entstanden, sondern gleichwie diese selbst schon am 21. Mai 1881. Allerdings wurde die Darlehensschuld ursprünglich nur auf 6 Monate eingegangen und dann jeweilen unter Ausstellung eines neuen Schuldscheines erneuert; allein nichtsdestoweniger muss davon ausgegangen werden, es sei die ursprüngliche Schuld vorhanden; denn es fehlt an genügenden Anhaltspunkten dafür, dass beabsichtigt gewesen sei, bei jeder Prolongation eine förmliche Neuerung der Schuld (Novation) eintreten zu lassen, d. h. das bisherige Schuldverhältniss als erloschen zu betrachten und ein neues zu begründen. (Uebereinstimmend der Entscheid dieses Gerichtes vom 11. März 1884, i. S. Huber c. Jagmetti, Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. III, S. 81.) Die streitige Bürgschaftsverpflichtung ist daher als unter der Herrschaft des alten Gesetzes entstanden zu betrachten.

Es hat nun nicht an Vertretern der Ansicht gefehlt, dass in den Fällen, wo zwar die Entstehung einer obligatorischen Verpflichtung in die Zeit vor Einführung des Obligationenrechts fällt, jedoch die thatsächlichen Voraussetzungen ihrer Wirksamkeit, oder Thatsachen, welche nach den Bestimmungen dieses neuen Gesetzes das Erlöschen derselben herbeiführen können, seit dessen Einführung eingetreten sind, letztere Thatsachen im Sinne von Art. 882 O.-R. als entscheidend anzusehen, und daher, sofern über die Wirksamkeit oder das Erlöschen der Verpflichtung Streit entstehe, die Bestimmungen des Obligationenrechtes zur Anwendung zu bringen seien. (Siehe Haberstich, Handbuch des Eidg. O.-R., Bd. I, S. 50 ff.) Allein diese Auffassung ist nicht nur durch die Schrift von Heuberger, „die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit des schweiz. Obligationenrechtes," in Anlehnung an Ausführungen deutscher Rechtslehrer (u. a. Windscheid Pandekten, Bd. I, p. 32, Anm. 9 und Stobbe Deutsches Privatrecht, Bd. I, S. 191) widerlegt worden; sondern es steht derselben auch die Auslegung entgegen, welche Art. 882 bereits in mehrern Entscheidungen des Bundesgerichtes (Amtl. Sammlung ders. Bd. X N° 24, 43 u. 44) gefunden hat, wonach eine vor Einführung des Obligationenrechts eingetretene, Rechte und Verpflichtungen begründende Thatsache, wie z. B. ein Vertrag, auch

wenn deren Wirkungen erst in die Zeit nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes fallen, immer von dem früher bestandenen Recht beherrscht bleibt, und insbesondere auf die Frage nach dem Vorhandensein gewisser Voraussetzungen, welche den Untergang einer durch den früher entstandenen Vertrag begründeten Verpflichtung bewirken, nach Massgabe des bei Entstehung des Vertrages geltenden Rechtes zu beurtheilen ist. Die gegentheilige Ansicht müsste vielfach zur Verletzung wohlerworbener Privatrechte führen, zudem widerspricht sie dem muthmasslichen Willen der Parteien. Dieser geht beim Abschluss eines Vertrages in der Regel dahin, die gegenseitigen Beziehungen unter dasjenige Recht zu stellen, welches zur Zeit des Vertragsabschlusses gilt, und ein Vertragscontrahent braucht sich eine Aenderung in dieser Beziehung nicht ohne weiteres gefallen zu lassen. Aus diesen Gründen darf nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber einen derartigen Eingriff in die vor Einführung des Obligationenrechtes geschaffenen Rechtsverhältnisse beabsichtigt habe.

---

168. *Gewährleistung beim Viehhandel. Vorbehalt des kantonalen Rechts. Der in Art. 890 O.-R. für den Handel mit Vieh bezüglich der Gewährleistung wegen Mängel gemachte Vorbehalt der kantonalen Gesetzgebungen, bezw. des Concordates über die Viehhauptmängel hat nur Bezug auf die in den kantonalen Gesetzen resp. im Concordat genannten, sog. „gesetzlichen" Mängel, im übrigen gilt auch hier das Obligationenrecht.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 17. März 1885 i. S. Müller c. Pollag.

Unterm 30. November 1883 verkaufte M. dem P. ein Pferd sammt Chaise und Zubehörden. Dabei wurde vereinbart, dass der Verkäufer bezüglich des Pferdes gesetzliche Nachwährschaft und weiterhin Garantie für gewisse im Vertrag näher bezeichnete Eigenschaften, namentlich die Tauglichkeit zum Reiten leiste, in der Meinung, dass bei deren Nichtvorhandensein der Kauf rückgängig gemacht werden könne. Der Käufer stellte dann in der That letzteres Begehren, weil das Pferd zum Reiten nicht tauglich sei. In dem hierüber entstandenen Prozesse wendete der Verkäufer gegenüber der Wandelungsklage ein, dieselbe sei verwirkt in Folge nicht rechtzeitiger Anhebung; die Frage, innerhalb welcher Frist die Klage zu stellen sei, beurtheile sich, obschon der Kauf seit Einführung des Obli-

gationenrechtes abgeschlossen worden sei, nach dem kantonalen zürch. Recht und zwar dem Concordat über die Viehhauptmängel. Diese Einrede wurde vom Gericht verworfen.

Motive: Vor Einführung des Obligationenrechts waren bekanntlich in einigen Kantonen durch die Gesetzgebung und in andern wie z. B. in Zürich, durch das Concordat über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel gewisse Vorschriften für den Fall aufgestellt, dass sich bei verkauften und übergebenen Stücken Vieh gewisse in den Gesetzen beziehungsweise im Concordat genau bezeichnete Mängel zeigen, namentlich war festgesetzt, innert welcher Fristen und in welcher Weise das Vorhandensein solcher Mängel dem Verkäufer gegenüber geltend gemacht werden müsse, damit dessen Verpflichtung zur Nachwährschaft mit Erfolg eingeklagt werden könne. Art. 890 O.-R. hat nun bloss diejenigen Fälle im Auge, wo wegen Vorhandenseins solcher durch kantonale Gesetze oder das Concordat vorgesehenen Mängel, sog. „gesetzlicher" Mängel, die Währschaftspflicht des Verkäufers geltend gemacht wird, nicht aber diejenigen Fälle, wo vom Verkäufer vertraglich für das Nichtvorhandensein anderer als jener gesetzlichen Mängel oder für das Bestehen gewisser Eigenschaften der verkauften Sache Garantie geleistet wurde. Daher beurtheilt sich eine vertragliche Garantie letzterer Art, sofern dieselbe seit der Einführung des Obligationenrechtes eingegangen wurde, unzweifelhaft nach den im Obligationenrecht enthaltenen Bestimmungen über den Kaufvertrag, insbesondere ist als Frist, innerhalb welcher die Wandelungsklage angehoben werden muss, die in Art. 257 genannte von einem Jahr anzusehen. Eine Garantie letzterer Art steht nun hier in Frage; die in Art. 257 bestimmte Jahresfrist ist eingehalten.

# I. Alphabetisches Sachregister.


Aktenvervollständigung vor Bundesgericht, Nr. 6. 68.
Amortisation, Nr. 33. 34.
Anerkennung, bewirkte Unterbrechung der Verjährung, Nr. 159.
Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten, siehe Competenz.
Anvertrautes Gut, Nr. 56.
Anweisung, Nr. 53.
Arrest, Nr. 18. 36.
Auflösung, des Kaufvertrages, Nr. 30; des Pachtvertrages, Nr. 162; des Miethvertrages, Nr. 41. 42. 44. 50. 93; der Collectivgesellschaft, Nr. 163.
Besitzübergabe, als Erforderniss des Eigenthumerwerbs Nr. 158. 166; bei Pfandrecht an Mobilien, Nr. 85.
Betrieb von Eisenbahnen, Tarifänderungen, Nr. 65.
Bundesgericht, siehe Competenz.
Bundesstrafrecht, Anwendung auf Störung des Betriebes von Pferdebahnen, Nr. 64.
Bürgschaft, Nr. 144.
Chek, wesentliche Erfordernisse desselben, Nr. 10.
Civilklage vor Bundesgericht, in Verbindung mit einer staatsrechtlichen Beschwerde unzulässig, Nr. 66.
Civilstand und Ehe, Bundesgesetz, Nr. 16. 17. 79. 99. 100. 101. 132.
Collectivgesellschaft, Nr. 91; wann ist der Gesellschafter persönlich belangbar, Nr. 91. 164; vorzeitige Auflösung, Nr. 163.
Compensation, Nr. 31. 118. 119. 128. 150.
Competenz des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten Nr. 1. 2. 3. 4. 5. 8. 67. 69. 109. 139. 140. 141. 142.
Concurs, örtliches Recht bei Aufhebung der Obligation, Nr. 23.
Concursrecht, ausserkantonales, Nr. 104.
Conventionalstrafe, Nr. 84.
Creditschädigung, Nr. 7. 149. 150. 151.
Darlehen, Nr. 167; grundversichertes, Vorbehalt des kantonalen Rechts, Nr. 90.
Dienstvertrag, Nr. 51. 52.

Ehescheidung, Umwandlung der Scheidung von Tisch und Bett in gänzliche Scheidung, Nr. 17; von Ausländern, Nr. 79. 100. 132; Nothwendigkeit der Substantiirung, Nr. 101.
Eigenthumserwerb, an beweglichen Sachen, Nr. 158; Beurtheilung in zeitlicher Hinsicht, Nr. 166.
Eintragung in's Handelsregister, Nr. 110; in's Markenregister, Nr. 11.
Etikette, kein schutzfähiges Waarenzeichen, Nr. 11.
Fabrikbetrieb, siehe Haftpflicht aus Fabrikbetrieb.
Firmaschutz, Nr. 154.
Forderungen für Wirthszeche, Unklagbarkeit derselben, Nr. 123.
Fristansetzung bei Verzug des Schuldners, Nr. 117.
Gebrauchsleihe oder Kauf? Nr. 161.
Gerichtsstand, des Wohnsitzes, Nr. 18. 19. 20. 137; des Arrestes, Nr. 118; der unerlaubten Handlung, Nr. 19; der Widerklage, Nr. 20; der belegenen Sache, Nr. 21. 137; heimathlicher in Erbschaftssachen, Nr. 136; in Expropriationssachen, Nr. 22.
Gesellschaftsvertrag zum Zwecke gemeinschaftlichen Lotteriespiels, Nr. 9; siehe auch Collectivgesellschaft.
Gesetzgebungsgewalt der Kantone, Nr. 8.
Gewährleistung beim Viehhandel, Nr. 168.
Haftpflicht, aus Fabrikbetrieb: Activlegitimation der Eltern des Getödteten, Nr. 96; Selbstverschulden, Nr. 77. 131; Concurrirendes Verschulden, Nr. 96; Bedeutung der Maximalclausel des Art. 8 des Bundesgesetzes, Nr. 97; Verstümmelung der Hand, Nr. 130. 131; Schutzvorrichtungen, Nr. 96. 130. 131; Verletzung nicht durch Fabrikbetrieb herbeigeführt, Nr. 98; Unfälle in gewerblichen Anstalten, die nicht als Fabrik zu betrachten sind, Nr. 108. — des Vaters wegen ungenügender Beaufsichtigung Nr. 152; der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen, Nr. 14; der Postanstalt für Verlust und Beschädigung von Fahrpostgegenständen, Nr. 15; von Staat und Gemeinden für den von ihren Beamten verursachten Schaden, Nr. 8; als Mitglied eines Vereines gegenüber Dritten, Nr. 92; aus kaufmännischem Rath, Nr. 143.
Handelsfrau, Nr. 25.
Handelsregister, Eintragspflicht, Nr. 110.
Handlungsfähigkeit, relative des Bevormundeten Nr. 24; der Ehefrau, Nr. 78.
Höhere Gewalt, Begriff, Nr. 14.
Kantonales Recht, Vorbehalt desselben, Nr. 8. 38. 83. 90. 118. 119. 146. 168.
Kauf, Auflösung, Nr. 30. 124; Vorbehalt des kantonalen Rechts bei Liegenschaftenkauf, Nr. 38. 146; auf Besicht, Nr. 39;

absichtliche Täuschung des Käufers, Nr. 87; Kauf oder Gebrauchsleihe? Nr. 161; verborgene Mängel, Nr. 124.
Kaufpreis, Anspruch des gutgläubigen Erwerbers einer gestohlenen Sache auf Ersatz desselben gegenüber dem Vindicanten, Nr. 86.
Konkurs, Aufhebung von Obligationen; örtliches Recht, Nr. 23.
Konkursrecht, ausserkantonales, Nr. 104.

Litterarconvention mit Frankreich, Nr. 133.
Lotteriegeschäft, Nr. 9.

Mahnung bei Verzug des Schuldners, Nr. 117.
Mandat, Nr. 51. 52.
Markenschutz, Nr. 1. 11. 12. 75. 76. 145.
Miethe, Nr. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 50. 88. 93. 116. 125. 126.

Nachsteuerforderung, örtliche Competenz zur Entscheidung über Bestand und Umfang, Nr. 81.
Namensobligationen, Amortisation, Nr. 33.
Nichtigerklärung einer Ehe wegen Betrugs, Nr. 99.
Novation, Nr. 32. 167.

Oertliches Recht der Obligation, Nr. 23.

Pachtvertrag, Nr. 63. 162.
Pfandrecht, Aufhebung der Pfandrechte ohne Besitzübergabe (General-Pfandrecht) Nr. 62; Erwerb des Pfandrechts, Beurtheilung in zeitlicher Hinsicht, Nr. 74.
Pfandverschreibungen, freiwillige, Nr. 57. 59. 60. 61.
Postanstalten Haftpflicht, Nr. 15.
Postrecht, Nr. 15. 95.
Postverträge, internationale, Nr. 15.
Privatrechte, Verbindlichkeit zur Abtretung solcher, Nr. 80.

Retentionsrecht, im Allgemeinen: Verhältniss der Art. 224 u. 294 O.-R., Begriff der Verfügungsgewalt, Nr. 72. 155; Connexität, Nr. 120, 122; Geltendmachung eines Faustpfandrechts schliesst nicht diejenige eines Retentionsrechts in sich, Nr. 3; — des Käufers bei Viehmängeln, Nr. 122; des Vermiethers, Natur Nr. 46. 72; enthält kein Verfolgungsrecht (droit de suite) Nr. 47; Verhältniss zu dem vor Beginn der Miethe entstandenen Pfandrecht, Nr. 48; an den Illaten des Untermiethers, Nr. 49; Umfang, Nr. 89. 147; erstreckt sich auch auf die Kosten der Retention, Nr. 46.
Reugeld, Nr. 84.

Schadenersatz, aus unerlaubten Handlungen, Nr. 7. 26. 70. 71. 82. 105. 106. 112. 113. 114. 115. 148. 149. 150. 151. 152. 153; Tödtung, Nr. 114; Körperverletzung, Nr. 82. 115. 152. 153; Verschulden durch Unterlassung, Nr. 71; Haft des

Bauunternehmers bei Verletzung von Angestellten wegen Constructionsmängeln, Nr. 153; Haft der Eltern wegen ungenügender Aufsicht über die Kinder, Nr. 82. 152; unter Schaden im Sinne von Art. 50 und 55 O.-R. ist nicht blos ein Vermögensschaden zu verstehen, Nr. 7; nicht jede Ehrbeleidigung enthält eine ernstliche Verletzung im Sinne von Art. 55 O.-R., Nr. 105; Anwendbarkeit des Art. 55 auf juristische Personen, Nr. 106; Creditschädigung durch Verbreitung unwahrer Thatsachen, Nr. 7. 112. 113; angebliche Creditschädigung durch den Verfasser eines Reisehandbuches, Nr. 150; durch den Inhaber eines Auskunftsbureaus, Nr. 151; Namensmissbrauch, Nr. 149.

Schädigung, durch Thiere, Nr. 27. 28.
Schriftliche Form, bei Kaufverträgen über Liegenschaften, Nr. 116.
Schutz des geistigen Eigenthums, Nr. 133.
Schutzvorrichtungen in Fabriken, Nr. 96. 130. 131.
Sicherheitsvorkehren bei Eisenbahnen, Nr. 71. 80.
Simulation, Beweis derselben, Nr. 111.
Solidarität bei Miteigenthümern, Nr. 35; der Collectivgesellschafter Nr. 164.
Sparkassebüchlein, Amortisation, Nr. 34.
Staatsvertrag, mit Frankreich, vom 15. Juni 1869, Nr. 102. 103. 134. 135. 136; mit Nordamerika vom 25. November 1850, Gerichtsstand in Erbschaftssachen, Nr. 137.
Störung im Miethbesitz, Nr. 41. 42.
Streitwerth beim Bundesgericht, Berechnung desselben bei objectiver Klagenhäufung, Nr. 1; Bestimmung desselben, Nr. 2.

Tariferhöhung bei Eisenbahnen, Nr. 65.
Tramway, Nr. 64.
Transport auf Eisenbahnen, Nr. 36.

Unerlaubte Handlung, siehe Schadenersatz.
Ungerechtfertigte Bereicherung, Nr. 116.
Ungültigkeit von Rechtsgeschäften, Nr. 85. 147.
Unsittliche Leistung, Nr. 147.
Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung, Nr. 159.
Urheberrecht, Bundesgesetz, Convention mit Frankreich, Nr. 133.

Verein ohne juristische Persönlichkeit, Nr. 92.
Verjährung, Nr. 29. 32. 159. 165.
Versicherungsvertrag Nr. 107.
Vertragsabschluss beschränkt Vertragsfähiger, Nr. 148.
Verzug, Nr. 30. 117.
Vindication, Nr. 36. 37. 86.

Vollziehung bundesgerichtlicher oberinstanzlicher Urtheile, Nr. 1; Verweigerung derselben bei ausserkantonalen Steuerurtheilen, Nr. 138; zürcherischer Urtheile in Deutschland und deutscher Urtheile in Zürich, Verbürgung der Gegenseitigkeit, Nr. 103.
Vorbehalt des kantonalen Rechts, siehe kantonales Recht.
Wechselrecht, Nr. 54. 55. 73.
Werkvertrag, Bemängelungsfrist, Nr. 160.
Zeitliche Anwendung des O.-R., Nr. 58, 94, 127, 128. 129. 144. 165, 166. 167.
Zinsmaximum, Nr. 83.

# II. Gesetzesregister.

*I. Bundesverfassung.*

Art. 54, Nr. 16.
„ 59, „ 18. 19. 20. 21. 81.
„ 61, „ 138.
„ 64, „ 26.

*II. Obligationenrecht.*

Art. 1, Nr. 63. 161.
„ 10, „ 146.
„ 12, „ 146.
„ 16, „ 85. 111.
„ 17, „ 9. 147.
„ 29, „ 24.
„ 30, „ 78.
„ 33, „ 148.
„ 34, „ 24.
„ 35, „ 25.
„ 50, „ 7. 8. 10. 26. 70. 71. 108. 112. 113. 115. 143. 149. 150. 151. 152. 153.
„ 51, „ 115.
„ 52, Nr. 114.
„ 53, „ 115.
„ 54, „ 7. 114.
„ 55, „ 7. 105. 106. 149. 150. 151.
„ 58, „ 82.
„ 60, „ 115.
„ 61, „ 82.
„ 62, „ 8. 26. 70.
„ 64, „ 8.
„ 65, „ 18.
„ 69, „ 19.
„ 70, „ 116.
„ 83, „ 83.
„ 105, „ 33. 34.
„ 117, „ 117.
„ 122, „ 30. 117.
„ 131, „ 31. 118. 119.
„ 132, „ 155.
„ 142, „ 32.
„ 143, „ 32. 167.
„ 147, „ 165.
„ 154, „ 29. 32. 159.
„ 157, „ 29.
„ 159, „ 32.

Art. 162, Nr. 35. 164.
„ 177, „ 147.
„ 179, „ 84.
„ 182, „ 84.
„ 199, „ 158. 166.
„ 199—203 „ 36.
„ 202, „ 85.
„ 204, „ 36.
„ 205, „ 56. 74.
„ 206, „ 37. 86.
„ 210, „ 3. 62.
„ 213, „ 37. 74.
„ 224, „ 3. 72. 120. 121. 122. 156.
„ 226, „ 45.
„ 227, „ 48.
„ 229, „ 161.
„ 231, „ 38. 123.
„ 246, „ 124.
„ 247, „ 87.
„ 269—271 „ 39.
„ 276, „ 88.
„ 277. „ 41. 42. 88. 125. 126.
„ 281. „ 40. 43. 88.
„ 286. „ 44.
„ 287. „ 44.
„ 293, „ 50. 93.
„ 294. „ 45. 46. 47. 48. 63. 72. 89. 156. 157.
„ 295, „ 49. 63.
„ 297, „ 63.
„ 307, „ 63.
„ 310, „ 162.
„ 311, „ 63.
„ 321, „ 161.
„ 337, „ 90.
„ 357, „ 160.
„ 360, „ 160.
„ 361, „ 160.
„ 392, „ 51.
„ 398, „ 52.
„ 406, „ 53.

Art. 408, Nr. 53.
„ 453, „ 36.
„ 504, „ 61.
„ 508, „ 45.
„ 511, „ 73.
„ 512, „ 9.
„ 514, „ 9.
„ 515, „ 9.
„ 516, „ 9.
„ 524, „ 9.
„ 543, „ 35.
„ 544, „ 35.
„ 547, „ 163.
„ 564, „ 91. 164.
„ 568, „ 164.
„ 572, „ 164.
„ 573, „ 91.
„ 580, „ 91.
„ 654, „ 10. 70.
„ 716, „ 92.
„ 717, „ 92.
„ 725, „ 10. 32.
„ 738, „ 73.
„ 739, „ 73.
„ 804, „ 54.
„ 808, „ 54.
„ 811, „ 55.
„ 828, „ 54.
„ 829, „ 54.
„ 830, „ 10.
„ 837, „ 10.
„ 865, „ 110.
„ 881, „ 56.
„ 882, „ 58. 74. 93. 94. 107. 127. 128. 166.
„ 883, „ 29. 32. 165.
„ 884, „ 74.
„ 885, „ 57. 59. 60. 61. 62. 129.
„ 887, „ 45.
„ 890, „ 168.
„ 891, „ 63. 107.
„ 896, „ 107.

*III. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege* vom 27. Juni 1874.

Art. 29 . . . . . Nr. 1. 5. 8. 67. 69. 109.
„ 30 . . . . . „ 1. 6. 12. 68. 69. 140. 141. 142.

*IV. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* vom 22. November 1850.

Art. 42. . . . . Nr. 1.
„ 89. . . . . „ 66.

*V. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe* vom 24. Dez. 1874.

Art. 25 . . . . . Nr. 16.
„ 26 . . . . . „ 99.
„ 44 . . . . . „ 101.
„ 45 . . . . . „ 142.
„ 47 . . . . . „ 101. 142.
„ 49 . . . . . „ 78. 101.
„ 50 . . . . . „ 99.
„ 56 . . . . . „ 79. 100. 132.
„ 63 . . . . . „ 17.

*VI. Bundesgesetz betr. den Bau und Betrieb der Eisenbahnen* vom 20. Dezember 1872.

Art. 16 . . . . . Nr. 14.
„ 35 . . . . . „ 65.

*VII. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen* vom 20. März 1875.

Art. 36 . . . . . Nr. 36.

*VIII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen* vom 1. Juli 1875.

Art. 2 . . . . . Nr. 14.

*IX. Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken* vom 23. März 1877.

Art. 2 . . . . . Nr. 96.
„ 7 . . . . . „ 96.
„ 8 . . . . . „ 96.

*X. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb* vom 25. Juni 1881, Nr. 77. 130.

Art. 1 . . . . . Nr. 98.
„ 2 . . . . . „ 98. 131.
„ 5 . . . . . „ 13. 96.
„ 6 . . . . . „ 13. 96.
„ 8 . . . . . „ 13. 97.
„ 9 . . . . . „ 13.
„ 10 . . . . . „ 96.
„ 14 . . . . . „ 108.

*XI. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken* vom 19. Dezember 1879, Nr. 1. 75.
Art. 18 . . . . . Nr. 12. 76. 145.
„ 19 . . . . . „ 76.
„ 22 . . . . . „ 11. 12.

*XII. Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst* vom 23. April 1883.
Art. 12 . . . . . Nr. 133.

*XIII. Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten* vom 1. Mai 1850.
Art. 7 . . . . . Nr. 80.

*XIV. Bundesgesetz über das Postregal* vom 2. Juni 1869, Nr. 15.

*XV. Revidirte Transportordnung für die schweiz. Postverwaltung* vom 10. August 1876, Nr. 15.

*XVI. Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht* vom 4. Februar 1853.
Art. 67 . . . . . Nr. 64.

*XVII. Staatsvertrag mit Frankreich* vom 15. Juni 1869, Nr. 103.
Art. 1 . . . . . Nr. 134. 135.
„ 2 . . . . . „ 134.
„ 3 . . . . . „ 134.
„ 5 . . . . . „ 136.
„ 10 . . . . . „ 102.
„ 11 . . . . . „ 102.

*XVIII. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Nordamerika* vom 25. November 1850.
Art. 6 . . . . . Nr. 137.

*XIX. Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen und künstlerischen Eigenthums* vom 23. Februar 1882, Nr. 133.

*XX. Oesterreichisch-schweizerischer Postvertrag* vom 15. Juli 1868.
Art. 22 . . . . . Nr. 15.

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

Seite

**Zürich:** Nr. 28: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. August 1884 i. S. Fetz c. Neumann betr. Schädigung durch Thiere . . . . . 26

Seite

Nr. 38: Urtheil derselben vom 19. August 1884 i. S. Schneider c. Hensel betr. Vorbehalt des kantonalen Rechts für Kaufverträge über Liegenschaften . . . . . 36

Nr. 40: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 13. Februar 1884 i. S. Brunner c. Dürr betr. Miethe 38

Nr. 41: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. September 1884 i. S. Harder-Dändliker c. Wipf betr. Miethe . . . . . 39

Nr. 43: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 9. October 1884 i. S. Concursmasse Horat c. Wydler betr. Einfluss des Concurses des Vermiethers auf den Miethvertrag . . . . . 41

Nr. 46: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 21. Juni 1884 i. S. Ruetschi-Meyer c. Burger & Eichenberger betr. Retentionsrecht des Vermiethers . 44

Nr. 47: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 11. Juni 1884 i. S. Gleichauf c. Wiesling betr. Retentionsrecht des Vermiethers . . . . . 46

Nr. 48: Entscheid derselben vom 28. December 1883 i. S. Helbling c. Concursmasse Böschenstein betr. Retentionsrecht des Vermiethers . . . . . 47

Nr. 49: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 30. September 1884 i. S. Hardmeyer c. Concursmasse Weilenmann betr. Retentionsrecht an den Illaten des Untermiethers . . . . . 49

Nr. 50: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 7. Januar 1884 i. S. Dr. Bertschinger c. Schniter betr. Auflösung der Miethe bei Tod des Miethers . . . . 49

Nr. 51: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 27. September 1884 i. S. Brändli c. Stoll betr. Mandat 50

Nr. 55: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 30. April 1884 i. S. Bircher c. Dietschweiler betr. Wechselklage . . . . . 55

Nr. 56: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 1. April 1884 i. S. Rothschild c. Leihkasse Stammheim betr. Vindication . . . . . 56

Nr. 57: Auszug aus dem Rechenschaftsbericht des zürch. Obergerichts für das Jahr 1882, Auszug aus einer Bekanntmachung der zürch. Justizdirection vom 14. December 1882, Anweisung des Obergerichts an die Bezirksgerichtspräsidenten vom 14. December 1882 betr. das Rechtsverhältniss der vor dem 1. Januar 1883 im Kant. Zürich errichteten freiwilligen Pfandverschreibungen 57

Seite

Nr. 58: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. September 1884 i. S. Harder c. Wipf betr. zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts . . . . 60
Nr. 59: Entscheid des Concursrichters des Bezirks Meilen vom 22. November 1883 i. S. Erben Schwarzenbach c. Notariatskanzlei Meilen, Namens Concursmasse Walder betr. Fortdauer der vor dem 1. Januar 1883 nach cantonalem zürch. Recht begründeten freiwilligen Pfandverschreibung . . . . . 61
Nr. 60: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 19. October 1883 i. S. Prof. A. Schneider betr. Gültigkeitsfrist für die vor dem 1. Januar 1883 nach cantonalem zürch. Recht begründeten freiwilligen Pfandverschreibungen auf andere Sachen als Vieh . . . . 63
Nr. 61: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 11. März 1884 i. S. Huber c. Näf & Cons. betr. freiwillige Pfandverschreibung als Bürgschaftsversicherung 64
Nr. 62: Beschluss derselben vom 18. December 1883 i. S. Notariatskanzlei Zürich, Namens Concursmasse Leonhard Steiner & Cie. c. Baumann-Oettiker betr. Generalpfandrecht 68
Nr. 64: Urtheil derselben vom 5. Juni 1884 i. S. Joh. Stäch betr. Störung des Betriebs von Pferdebahnen . 74
Nr. 82: Urtheil derselben vom 27. December 1884 i. S. Risler c. Strupler und dessen Pflegeeltern Geiser-Steinemann betr. Schadenersatz . . . . . 92
Nr. 89: Beschluss derselben vom 19. August 1884 i. S. Ehefrau Sattler c. Reitanstalt St. Jakob betr. Retentionsrecht . . . . . 102
Nr. 90: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 24. September 1884 i. S. Frei-Wepfer c. Kunz betr. Vorbehalt des kantonalen Rechts bei grundversicherten Darlehen . . . . . 103
Nr. 92: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 17. Januar 1885 i. S. Baumann c. Sieber & Cons. betr. Haftung als Mitglied eines Vereins gegenüber Dritten 104
Nr. 94: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 24. September 1884 i. S. Leih- und Sparkasse Aadorf c. Zwingli betr. zeitliche Herrschaft des O.-R. . . . 109
Nr. 95: Entscheid derselben vom 9. Mai 1884 i. S. Dürr & Cie. c. Dürr betr. Postrecht . . . . . 109
Nr. 97: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 4. November 1884 i. S. Meier c. Finsler betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 116

Seite

Nr. 100: Beschluss derselben vom 20. September 1884 i. S. Sturm c. Sturm betr. Ehescheidung . . . . . 120
Nr. 103: Urtheil des Handelsgerichts vom 9. Januar 1885 i. S. Lloyd-Rückversicherungsgesellschaft c. Zürcher & Cons. betr. Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 (Vollstreckung) . . . . . 123
Nr. 119: Beschluss des Cassationsgerichtes vom 19. Januar 1885 i. S. Ludwig Müller betr. Compensation . . . 148
Nr. 125: Urtheil desselben vom 15. Januar 1885 i. S. Harder-Dändliker c. Wipf betr. Miethe . . . . . 155
Nr. 136: Entscheid der Appellationskammer des Obergerichts vom 16. Mai 1885 i. S. Diggelmann c. Diggelmann betr. Staatsvertrag mit Frankreich vom 15. Juni 1869 (Gerichtsstand in Erbschaftssachen) . . . . . 170
Nr. 146: Urtheil derselben vom 17. März 1885 i. S. Stebler c. Billwiller betr. Kauf von Liegenschaften . . . . 186
Nr. 152: Urtheil derselben vom 3. März 1885 i. S. Bollier c. Walter & Schärer betr. Schadenersatz . . . . . 197
Nr. 157: Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 16. Januar 1885 i. S. Baumann älter & Cie. c. Wittwe Kündig betr. Retentionsrecht . . . . . 209
Nr. 163: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 2. Mai 1885 i. S. Robi c. Thalmann betr. Auflösung der Collectivgesellschaft . . . . . 220
Nr. 167: Urtheil derselben vom 3. März 1885 i. S. Leihkasse Wädensweil c. Urner betr. zeitliche Anwendung des Obligationenrechts . . . . . 228
Nr. 168: Urtheil derselben vom 17. März 1885 i. S. Müller c. Pollag betr. Gewährleistung beim Viehhandel . . 230

**Bern**: Nr. 24: Urtheil des Appellations- und Cassationshofes, I. Civilabtheilung, vom 22. Juli 1884 i. S. Maibach c. Flückiger betr. Handlungsfähigkeit des Bevormundeten 19
Nr. 27: Urtheil desselben, II. Civilabtheilung, vom 20. März 1884 i. S. Rossé c. Caillet betr. Schädigung durch Thiere 25
Nr. 63: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 16. Juli 1884 i. S. Beiner c. Krebs betr. Pachtvertrag . . . 73
Nr. 96: Urtheil desselben, II. Civilabtheilung, vom 23. Mai 1884 i. S. Zeugin c. Ziegler betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 111
Nr. 120: Urtheil desselben vom 22. November 1884 i. S. Gerber & Cie. c. Spar- und Leihkasse Steffisburg betr. Retentionsrecht . . . . . 149

Seite

Nr. 121: Urtheil desselben, II. Civilabtheilung, vom 22. Januar 1885 i. S. Heink c. Amtssparnisskasse Wangen betr. Retentionsrecht . . . . . 151

Nr. 127: Urtheil desselben, II. Civilabtheilung, vom 19. December 1884 i. S. Grossenbacher c. Rihs betr. zeitliche Herrschaft des O.-R. . . . . 157

Nr. 128: Urtheil desselben (Plenum) vom 31. Januar 1885 i. S. Moser c. Spar- und Leihkasse Bern betr. zeitliche Herrschaft des O.-R. . . . . 158

Nr. 129: Urtheil desselben, I. Civilabtheilung, vom 4. November 1884 i. S. Schmidt c. Rüfli betr. zeitliche Herrschaft des O.-R. . . . . 159

Nr. 132: Urtheil desselben vom 18. Januar 1884 i. S. Hördt c. Hördt betr. Ehescheidung . . . . . 165

Nr. 137: Urtheil desselben, II. Civilabtheilung, vom 5. März 1885 i. S. Brossard c. Brossard betr. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Nordamerika vom 25. November 1850 (Gerichtsstand in Erbschaftssachen) . . 174

**Uri:** Nr. 162: Urtheil des Bezirksgerichts vom 10. Februar 1885 i. S. Müssli c. Actiengesellschaft Schützengarten Altorf betr. Pacht . . . . . 218

**Obwalden:** Nr. 115: Urtheil des Obergerichts vom 5. Mai 1885 i. S. Enz c. Halter betr. Schadenersatz bei Körperverletzung . . . . . 142

**Nidwalden:** Nr. 83: Urtheil des Kantonsgerichts vom 8. Juli 1884 i. S. Niederberger c. Concurscommission Namens Erbmasse Murrer betr. Zinsmaximum . . . . . 94

**Baselstadt:** Nr. 23: Urtheil des Civilgerichts vom 15. April 1884 i. S. Imhof-Amsler & Cie. c. Steinegger betr. örtliches Recht der Obligation . . . . . 23

Nr. 35: Urtheil desselben vom 23. Mai 1884 i. S. Matzinger-Steinhardt c. Schaadt betr. Solidarobligation . . . 32

Nr. 39: Urtheil desselben vom 29. April 1884 bestätigt von dem Appellationsgerichte am 5. Juni gl. J. i. S. Thevenin & fils c. Besserer betr. Kauf auf Besicht . 37

Nr. 65 Urtheil desselben vom 2. Mai 1884 bestätigt von dem Appellationsgerichte am 19. Juni gl. J. i. S. Gebr. Fiechter c. Jura-Bern-Luzern-Bahn betr. Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tarifänderungen . . . . . 77

Seite

Nr. 84: Urtheil desselben vom 3. Juni 1884 i. S. Schlumpf-Wanner c. Wiesböck betr. vertragswidrige Betheiligung an einem Concurenzgeschäfte . . . . . 95
Nr. 85: Urtheil desselben vom 11. Juli 1884 i. S. Pelletier c. Stalder-Schäfer betr. Pfandrecht an Mobilien . . 97
Nr. 88: Urtheil desselben vom 19. September 1884 i. S. Sticher c. Mollinet-Rudin betr. Miethe . . . . . 101
Nr. 91: Urtheil desselben vom 18. Juli 1884 i. S. Robin-Chrétien c. Kottmann betr. Collectivgesellschaft . . 103
Nr. 99: Urtheil des Civilgerichts, Abtheilung für Ehe- und Waisensachen, vom 4. Juni 1884 betr. Nichtigerklärung einer Ehe wegen Betrugs . . . . . 119
Nr. 114: Urtheil des Civilgerichts vom 27. März 1885 i. S. Bee c. Panozzo betr. Schadenersatz bei Tödtung . . 141
Nr. 126: Urtheil desselben vom 23. Januar 1885, bestätigt vom Appellationsgericht am 5. März i. S. Epstein c. Stauber betr. Miethe . . . . . 156
Nr. 131: Urtheil desselben vom 9. Dezember 1884 i. S. Wullschleger c. Fischer betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb 162
Nr. 138: Urtheil desselben vom 8. Juli 1884, bestätigt vom Appellationsgericht am 28. August gl. J. i. S. Canton Waadt und Gemeinde Châtelard c. Erben Scherb betr. Vollstreckung eines aussercantonalen Steuerurtheils 177
Nr. 151: Urtheile des Civilgerichts vom 21. April und des Appellationsgerichts vom 28. Mai 1885 i. S. Leuenberger c. Eckel betr. Schadenersatz . . . . . 193
Nr. 153: Urtheil des Civilgerichts vom 2. Juni 1885 i. S. Schäuble c. Köhly & Gürtler betr. Schadenersatz. . . 199
Nr. 154: Urtheil desselben vom 12. Juni 1885 i. S. Saladin c. Saladin betr. Firmaschutz . . . . . 201
Nr. 156: Urtheile des Civilgerichts vom 28. April und des Appellationsgerichts vom 4. Juni 1885 i. S. Grossmann-Diener c. Concursbehörde Basel Namens Fallimentsmasse Mundwyler betr. Retentionsrecht . . . . . 204
Nr. 164: Urtheil des Appellationsgerichts vom 18. Juni 1885 i. S. Eidgen. Bank c. Burckhardt-Sarasin betr. Collectivgesellschaft . . . . . 221

**Baselland**: Nr. 33: Obergerichtsentscheid vom 14. November 1884 betr. Amortisation . . . . . 31
Nr. 34: Obergerichtsentscheid vom gleichen Tage betr. Amortisation . . . . . 31

Seite

**Schaffhausen:** Nr. 130: Urtheil des Obergerichts vom 5. Juli 1884 betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 160

**St. Gallen:** Nr. 86: Entscheid der Recurscommission des Kantonsgerichts vom 29. November 1884 betr. Anspruch des gutgläubigen Erwerbers einer gestohlenen Sache auf Ersatz des Kaufpreises gegenüber dem Vindikanten . 98
Nr. 104: Urtheil des Kantonsgerichts vom 11. März 1884 betr. ausserkantonales Concursrecht . . . . . 127
Nr. 116: Urtheil der Recurscommission des Kantonsgerichts vom 2. März 1885 betr. ungerechtfertigte Bereicherung 144
Nr. 149: Urtheil des Kantonsgerichts vom 12. August 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 189
Nr. 150: Urtheil desselben vom 11. August 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 189
Nr. 158: Urtheil desselben von 9. April 1885 betr. Eigenthumsübertragung . . . . . 210
Nr. 160: Urtheil der Recurscommission des Kantonsgerichts vom 24. Juli 1885 betr. Werkvertrag . . . . . 213
Nr. 161: Urtheil derselben vom 28. Juli 1885 betr. Gebrauchsleihe . . . . . 216
Nr. 166: Urtheil des Kantonsgerichts vom 14. April 1885 betr. zeitliche Anwendung des Obligationenrechts . . 226

**Aargau:** Nr. 25: Urtheil des Obergerichts vom 29. April 1884 betr. Haftung der Handelsfrau und Eröffnung des Concurses über dieselbe . . . . . 21

**Thurgau:** Nr. 87: Urtheil des Obergerichts vom 28. Januar 1885 i. S. Kuhn c. Schmidhauser betr. Kauf . . . 100
Nr. 98: Urtheil desselben vom 30. August 1884 i. S. Saurer c. Baumann betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb 117
Nr. 123: Urtheil desselben vom 29. November 1884 betr. Unklagbarkeit von Forderungen für Wirthszeche . . 153
Nr. 147: Urtheil desselben vom 28. August 1884 i. S. V. M. c. A. Fr. betr. unsittliche Leistung . . . . 187
Nr. 159: Urtheil desselben vom 3. Juli 1885 i. S. Gerber c. Gerbers Erben betr. Verjährung . . . . . 211

**Waadt:** Nr. 29: Arrêt du tribunal cantonal du 24 juin 1884 d. l. c. Tenthorey c. Perrin conc. prescription des actions en dommages-intérêts . . . . . 27
Nr. 30: Arrêt du même du 2 septembre 1884 d. l. c. Bovay c. Chevalley conc. vente . . . . . 28

Seite

Nr. 32: Arrêt du même du 10 juillet 1884 d. l. c. Chevalley c. Flückiger conc. novation, prescription . . . . . 29
Nr. 37: Arrêt de la cour de cassation pénale du 27 août 1884 d. l. c. Mont-de-Piété c. Fischer conc. revendication de meubles . . . . . 35
Nr. 45: Arrêt du tribunal cantonal du 17 septembre 1884 d. l. c. Mouton c. Maurer conc. bail à loyer . . . 43
Nr. 52: Arrêt du même du 24 juin 1884 d. l. c. Grand c. Guibert conc. mandat . . . . . 51
Nr. 53: Arrêt du même du 8 juillet 1884 d. l. c. Apothéloz et Payot c. Bétrix conc. contrat d'assignation . . . 52
Nr. 101: Arrêt du même du 11 juin 1884 d. l. c. des époux B. conc. divorce . . . . . 121
Nr. 111: Arrêt du même du 31 mars 1885 d. l. c. Union vaudoise du Crédit c. Bolomey conc. preuve de la simulation 137
Nr. 117: Arrêt du même du 16 décembre 1884 d. l. c. Rapin c. Administration fédérale des télégraphes conc. inexecution des obligations; mise en demeure . . . 145
Nr. 122: Arrêt du même du 16 décembre 1884 d. l. c. Cousin c. Michon conc. droit de rétention . . . . 151
Nr. 134: Arrêt du même du 1 avril 1885 d. l. c. des époux Ericult-Gay conc. séparation de biens (traité franco-suisse du 15 juin 1869) . . . . . 168
Nr. 148: Arrêt du même du 24 juin 1885 d. l. c. dame Schudel-Rupp c. Union de Crédit conc. responsabilité en vertu de l'art. 33 § 3 C.-O. . . . . 188
Nr. 165: Arrêt du même du 12 mai 1885 d. l. c. Grin c. Benay conc. prescription . . . . . 225

**Wallis**: Nr. 102: Arrêt de la cour d'appel et de cassation du 5 novembre 1884 d. l. c. Angélier conc. interdiction (traité franco-suisse du 15 juin 1869) . . . . . 122

**Neuchâtel**: Nr. 112: Arrêt du tribunal cantonal du 16 octobre d. l. c. Ramseyer c. Graber et Yampen conc. action en dommages-intérêts . . . . . 138
Nr. 113: Arrêt du même du 17 octobre 1884 d. l. c. Hainard, Bourquin et Cie. c. Vuillemin-Vaucher conc. action en dommages-intérêts . . . . . 140
Nr. 118: Arrêt de la cour de cassation du 30 janvier 1885 d. l. c. Mühlemann c. Duveluz conc. compensation . . 147
Nr. 124: Arrêt du tribunal cantonal du 7 février 1885 d. l. c. Cocker brothers c. Mathey-Frey conc. vente . 154

Seite

Nr. 133: Arrêt du même du 9 mars 1885 d. l. c. Enoch frères et Costallat c. Bettini conc. propriété littéraire. 165

**Genf:** Nr. 26: Arrêt de la cour de justice civile du 1 septembre 1884 d. l. c. Grange c. époux Passerat conc. responsabilité des entrepreneurs de chantiers envers leurs employés en cas d'accidents . . . . . 23

Nr. 31: Jugement du tribunal de commerce du 6 novembre 1884 d. l. c. Brand c. mariés Marchal conc. compensation 29

Nr. 36: Arrêt de la cour d'appel d. l. c. Ricaud c. Germain et la Cie. Paris-Lyon-Méditerannée du 10 mars 1884 conc. transport par chemin de fer . . . . . 33

Nr. 42: Jugement du tribunal civil du 29 février 1884 d. l. c. Breyer c. F. conc. bail à loyer . . . . . 40

Nr. 44: Jugement du même du 23 mai 1884 d. l. c. Noret c. Lorenz conc. bail à loyer . . . . . 42

Nr. 54: Jugement du même du 14 juin 1884 d. l. c. Sonnex c. Dufaux et Mottaz conc. billet de change . . . . 53

Nr. 93: Jugement du même du 30 janvier 1885 d. l. c. Rivollet, Schæfer & Dumas c. Pinz et Birraux conc. bail à loyer . . . . . 106

Nr. 135: Jugement du même du 11 avril 1885 d. l. c. consorts Rouvroy de St. Simon c. mariés Cevoy conc. le traité franco-suisse du 15 juin 1869 (demande reconventionnelle) . . . . . 169

Nr. 155: Jugement du même du 21 novembre 1884 d. l. c. veuve Weller c. Weller conc. compensation . . . . 203

Ex. J.C
3/2/10

36 (4)

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

IV. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

IVe Volume.

**Basel.**
C. Detloff's Buchhandlung.
1886.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

IV. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

IVe Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band V.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1886.

[illegible] 8 1910

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten, Art. 29 Org.-Ges. vom 27. Juni 1874. Zum Begriff des „Haupturtheils".*

Wenn der Strafrichter einen Angeklagten freigesprochen hat und desshalb auf den Schadensersatzanspruch des Civilklägers nicht eingetreten ist, also sachlich über denselben nicht entschieden hat, so liegt ein durch das Rechtsmittel des Art. 29 Org.-Ges. beim Bundesgerichte anfechtbares Haupturtheil nicht vor. (Entsch. v. 20. Nov. 1885 i. S. Tanner c. Jost.) [1])

---

2. *Art. 29 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege. Anführungspflicht des Klägers bezüglich des Streitwerthes.*

Da das B.-Gericht nur dann kompetent ist, wenn der Streitgegenstand einen Hauptwerth von wenigstens Fr. 3000 hat, so kann das B.-Gericht auf eine Beschwerde über ein letztinstanzliches kantonales Haupturtheil nur dann eintreten, wenn anzunehmen ist, dass der gesetzliche Streitwerth gegeben sei. Es liegt demnach bei einer Schadensersatzklage dem Kläger, wenn er sich die Beschwerde an das B.-Gericht wahren will, ob, seine Forderung in der Klage genau zu beziffern oder doch wenigstens solche Angaben über den Betrag des von ihm behaupteten Schadens zu machen, dass daraus auf das Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerthes geschlossen werden kann. (Entsch. v. 4. Septbr. 1885 i. S. Leuenberger c. Eckel; a. S. d. b.-g. E. XI, 355 f.)

---

3. *Zur Interpretation des Art. 2 O.-R.*

Als „Nebenpunkte" im Sinne dieser Gesetzesbestimmung sind diejenigen Punkte zu betrachten, über welche eine Einigung der Parteien zum Zustandekommen des Vertrages

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. III. S. 166 f., ferner Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses Bd. I. S. 228 f., bes. S. 227.

nicht erforderlich ist, sondern welche, wenn die Parteien sie mit Stillschweigen übergangen haben, durch die Bestimmungen des Gesetzes, nach der Natur des Geschäftes, ergänzt werden, im Besondern also auch diejenigen Bestandtheile und Wirkungen eines Vertrages, welche ohne demselben wesentlich zu sein, ihm doch in der Regel (sofern die Parteien sie nicht ausdrücklich ausschliessen) zukommen, weil sie aus der Natur des Geschäftes folgen (naturalia negotii).[1])

Art. 2 O.-R. findet nicht nur auf solche Verträge Anwendung, durch welche Forderungen begründet, sondern auch auf solche, durch welche Forderungen aufgehoben werden. (Entsch. vom 10. Oct. 1885 i. S. Bacs c. Stotzer.)

---

4. *Art. 50 ff. O.-R. Civilrechtliche Verantwortlichkeit für Rechtsverletzungen durch Meinungsäusserungen.*

Nach Art. 50 ff. O.-R. ist Jedermann für absichtliche oder fahrlässige Verletzungen der Rechte Anderer durch blosse Meinungsäusserungen verantwortlich. Eine zum Schadensersatz verpflichtende Fahrlässigkeit liegt dann vor, wenn die für Jemanden nachtheilige Meinungsäusserung ohne alle thatsächlichen Anhaltspunkte und ohne pflichtgemässe Prüfung geschehen ist. (Entsch. vom 16. Octbr. 1885 i. S. Elmer c. Tschudi.)[2])

---

5. *Art. 50 ff. O.-R. Civilrechtliche Verantwortlichkeit für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen. Finden die allgemeinen Bestimmungen über die Haftbarkeit der Theilnehmer Anwendung?*

Die civilrechtliche Verantwortlichkeit für die durch die Presse begangenen strafbaren Handlungen (Injurien) richtet sich nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen, also nach Art 50 ff. O.-R. Dies gilt auch bezüglich der Theilnahme, Art. 60 O.-R., weil das Bundesgesetz in dieser Richtung keine Ausnahmsbestimmung für Vergehen, welche durch die Presse verübt worden, aufstellt. Die kantonalen Gesetze, welche die successive aber ausschliessliche Verantwortlichkeit der verschiedenen betheiligten Personen vorschreiben, sind daher, was die civilrechtliche Verantwortlichkeit betrifft, durch das eidg. O.-R., bezw. Art. 60 und 163 desselben, ausser Kraft gesetzt worden. (Entsch. v. 2. Octbr. 1885 i. S. Morard c. Morard.)

---

[1]) Vgl. König in Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. IV. S. 374 f.

[2]) Dieser Entscheid bezieht sich auf den in dieser Revue Bd. III. Nr. 150 abgedruckten Fall.

6. *Art. 54 und 67, 61, 62 und 65 O.-R. Schadensersatzpflicht des Eigenthümers eines Werkes für den durch letzteres in Folge mangelhafter Erstellung oder Unterhaltung der Anlage verursachten Schaden; Umfang derselben bei Körperverletzungen und Tödtungen.*

Auf Schmerzengeld, beziehungsweise auf eine angemessene Geldsumme im Sinne des Art. 54 O.-R. kann auch gegenüber dem nach Art. 67 O.-R. ohne eigenes Verschulden haftenden Eigenthümer eines schädigenden Gebäudes oder Werkes erkannt werden, sofern besondere Umstände hiefür sprechen. Denn Art. 54 cit. will grundsätzlich ebensowohl wie die Art. 52 und 53 für alle Fälle der Körperverletzung oder Tödtung gelten, d. h. er räumt dem Richter das Recht, auf eine angemessene Geldsumme über den nachgewiesenen Vermögensschaden hinaus zu erkennen, in allen Fällen der Körperverletzung oder Tödtung eines Menschen ein, mag die Klage auf eine widerrechtliche Handlung des Beklagten selbst nach Art. 50 O.-R. oder auf dessen gesetzliche Verantwortlichkeit für dritte Personen (nach Art. 61 und 62 ibidem) oder auf dessen Haftbarkeit für Thiere (Art. 65) oder für fehlerhafte Beschaffenheit einer Sache nach Art. 67 O.-R. begründet werden. (Entsch. vom 13. Novbr. 1885 i. S. Wapp.) [1])

---

7. *Art. 154, 158, 243 und 245 O.-R. 1) Ist die Provokationsklage des Käufers gegen den Verkäufer einer Sache zur Einklagung des Kaufpreises geeignet, die Verjährung der dem Käufer gegen den Verkäufer zustehenden Ansprüche wegen Mängel der Kaufsache zu unterbrechen? 2) Zur Interpretation des Art. 245 O.-R. 3) Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache beim Kauf nach Probe; hat der Käufer nur für die Probemässigkeit der Waare einzustehen?*

1) Eine (abgewiesene) Provokationsklage gegen den Verkäufer einer Sache zur Einklagung des Kaufpreises ist nicht geeignet, die Verjährung einer dem Provokanten gegen den Provokaten zustehenden Wandelungs- oder Schadensersatzklage wegen Mängel des Kaufgegenstandes zu unterbrechen. Denn durch die Provokationsklage wird nicht die letztere Klage angestellt, sondern dadurch ein anderer Anspruch verfolgt, indem die Provokationsklage nur dahin ging und dahin gehen

---

[1]) Das Urtheil führt dann aus, dass im concreten Falle auf Schmerzengeld zu erkennen sei, weil dem Erbauer des Werkes (einer Brücke, welche zusammengestürzt war und dabei den Kläger verletzt hatte), auf welchen dem beklagten Eigenthümer gemäss Art. 67 O.-R. der Regress zustehe, grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. — Vgl. hiezu diese Revue Bd. III. N° 71 S. 84 Anm. [1].

konnte, dass der Beklagte verpflichtet werde, seinen Anspruch geltend zu machen. Zur Unterbrechung der Verjährung eines Anspruches durch Klage ist aber erforderlich, dass eben dieser Anspruch gerichtlich eingeklagt wird. Es kann daher auch dem abgewiesenen Provokanten, wenn er nachher seinen Wandelungs- oder Schadensersatzanspruch klagend geltend macht, die Nachfrist des Art. 158 O.-R. nicht zu Gute kommen.

2) Für die Anwendung des Art. 245 O.-R. kommt es nicht darauf an, ob ein Mangel des Kaufgegenstandes einem scharfprüfenden Kennerauge sofort ersichtlich ist, sondern darauf, ob er bei Anwendung gewöhnlicher, d. h. Jedermann zuzumuthender Aufmerksamkeit, also ohne grobe Fahrlässigkeit, erkannt werden muss.

3. Bei einem Kaufe nach Probe kann der Käufer keineswegs bloss die Probemässigkeit der Waare beanspruchen, sondern er hat auch ein Recht auf das Vorhandensein anderer Eigenschaften, welche ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert worden sind. Eine solche stillschweigende Zusicherung ist dann anzunehmen, wenn nach dem massgebenden Platzgebrauche, nach thatsächlicher Uebung, das Vorhandensein einer gewissen Eigenschaft einer Waare als stillschweigend vereinbart gilt. (Entsch. v. 12. Septbr. 1885 i. S. Rohner c. Fierz; a. S. d. b.-g. E. XI. 365 ff.)

---

8. *Art. 890 O.-R. Ist der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung dieser Bestimmung im Civilverfahren zulässig?*

Wegen unrichtiger Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen des eidg. Rechtes speziell des eidg. O.-R. im Civilverfahren ist der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht nicht statthaft.[1]) Diess gilt auch bezüglich Art. 890 O.-R., da diese Gesetzesbestimmung lediglich das Anwendungsgebiet von civilrechtlichen Normen des eidg. Rechtes begrenzt und also materiell dem Privatrechte angehört. (Entsch. v. 11. Sept. 1885 i. S. Wettli; a. S. d. b.-g. E. XI. 260 ff.)

---

9. *Art. 47 des B.-Ges. vom 1. Mai 1850 betreffend die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten. Rückerwerbsrecht des Enteigneten, Gegenstand desselben.*

Art. 47 des B.-Ges. vom 1. Mai 1850 gewährt dem frühern Eigenthümer ein Recht des Rückerwerbes nur solcher

---

[1]) Vgl. Revue, Bd. II. Nr. 2.

Grundstücke, welche zum Zweck der Ausführung eines öffentlichen Werkes abgetreten worden sind und für welche also ein Enteignungsrecht des Unternehmers und eine Abtretungspflicht des Eigenthümers bestand. Dagegen besteht ein Rückerwerbungsrecht des frühern Eigenthümers in Betreff solcher Grundstücke, welche zwar anlässlich der Ausführung eines öffentlichen Werkes an den Unternehmer desselben, jedoch nicht in Folge öffentlichrechtlicher Verpflichtung, sondern freiwillig abgetreten wurden.

Dagegen schliesst die gütliche Verständigung über den Abtretungspreis das Vorhandensein einer Zwangsenteignung nicht aus. (Entsch. vom 5. Sept. 1885 i. S. Suter c. Seethalbahngesellschaft; a. S. d. b.-g. E. XI. 346 ff.)

---

10. *Art. 43 des B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Gerichtsstand des Wohnortes des Ehemannes für Ehescheidungsklagen; Begriff des Wohnortes.*

Unter dem „Wohnort", von welchem Art. 43 spricht, ist das Domizil im juristischen Sinne des Wortes, d. h. nicht jeder Ort zeitweiligen, vorübergehenden Aufenthaltes, sondern nur der zum dauernden Aufenthalte, zum festen Mittelpunkte der bürgerlichen Existenz gewählte Ort zu verstehen. Diese Gerichtstandsnorm findet auch auf Ausländer Anwendung. (Entsch. v. 30. October 1885 i. S. Eheleute Bachmann.)

---

11. *1. Art. 5 des B.-Ges. betreffend den Schutz der Handels- und Fabrikmarken. Gehört zum Erwerbe des Schutzes einer Marke die Bekanntmachung der Eintragung, bezw. Wiedergabe des Markenbildes im eidg. Handelsamtsblatte? 2. Ist diese Bekanntmachung nach dem Staatsvertrage vom 23. Februar 1882 auch für die vor Inkrafttreten desselben in der Schweiz deponirten französischen Marken erforderlich?*

1) Nach Art. 5 des schweiz. Markenschutzgesetzes ist zum Erwerbe gerichtlichen Schutzes für eine (figürliche) Marke nicht nur die vorschriftsgemässe Hinterlegung, sondern auch die Bekanntmachung des Eintrages in einem eidgenössischen Amtsblatte erforderlich. Zu dieser vorschriftsmässigen Bekanntmachung gehört, wie allerdings nicht das Bundesgesetz selbst, sondern die bezügliche Verordnung des Bundesrathes vom 2. Oct. 1880 vorschreibt, auch die Wiedergabe der Marke, d. h. des Markenbildes. Die Frage, ob diese Förmlichkeit erfüllt und daher ein Markenschutzrecht entstanden sei, hat der Richter zu entscheiden.

2) Im Gegensatze zu dem frühern Staatsvertrage beruht die neue Uebereinkunft mit Frankreich vom 23. Februar 1882 im Wesentlichen auf dem Principe, dass für den Schutz französischer Marken in der Schweiz und schweizerischer Marken in Frankreich einfach die Gesetzgebung des betreffenden Landes im Sinne der Gleichstellung der Angehörigen des andern Vertragsstaates mit den Einheimischen massgebend sei; sie macht daher den Erwerb des Schutzes in einem Vertragsstaate davon abhängig, dass die von der Gesetzgebung dieses Staates vorgeschriebenen Förmlichkeiten erfüllt seien. Diese Regel ist ganz unbedingt aufgestellt und es besteht zu Gunsten der bereits früher, unter der Herrschaft des alten Vertrages vom 30. Juni 1864, hinterlegten Marken keine Ausnahme. Es geniessen daher auch die früher in der Schweiz hinterlegten französischen Marken des Schutzes nur, wenn eine Bekanntmachung derselben durch Wiedergabe des Markenbildes im eidg. Amtsblatte stattgefunden hat. (Entsch. vom 9. Oct. 1885 i. S. Menier.)

---

12. *Art. 4 und 5 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. 1) Bezieht sich Art. 4 auch auf Klagen, welche das Erbrecht an Immobilien betreffen? 2) Gehört auch der Streit über die Gültigkeit einer vertraglichen Zuwendung auf den Todesfall vor den heimathlichen Richter des Erblassers? 3) Ist der heimathliche Richter des Erblassers auch competent für Klagen, welche das Erbrecht an Immobilien betreffen, und 4) für die Ansprüche des überlebenden Ehegatten aus dem ehelichen Güterrecht?*

1) Art. 4 des Staatsvertrages hat nur solche Klagen im Auge, welche sich auf Liegenschaften als einzelne Sachen beziehen, nicht aber Klagen, welche das Erbrecht an Immobilien betreffen. Der Gerichtsstand für erbrechtliche Klagen ist ausschliesslich durch Art. 5 normirt. (Entsch. v. 25. Sept. 1885 i. S. Giacometti, a. S. d. b.-g. E. XI. 342 ff.)

2) Auch der Streit über die Gültigkeit einer vertraglichen Zuwendung auf den Todesfall zwischen dem Bedachten und den Intestaterben ist erbrechtlicher Natur, da von beiden Seiten ein erst mit dem Tod des Erblassers definitiv begründetes Recht auf den Nachlass behauptet wird, und ist daher vom heimathlichen Richter des Erblassers zu entscheiden.

3) Die Bestimmung in Art. 5, wonach für die Theilung und Veräusserung von Liegenschaften die Gesetze des Landes

der belegenen Sache beobachtet werden müssen, hebt die Kompetenz des heimathlichen Richters nicht auf, sondern macht demselben bloss in bestimmter Richtung die Beobachtung der Gesetze der gelegenen Sache zur Pflicht.

4) Der vom überlebenden Ehegatten auf Grund des ehelichen Güterrechts erhobene Anspruch auf Herausgabe von Nachlasssachen oder Nachlassquoten ist nicht erbrechtlicher Natur und es kann daher die Competenz des heimathlichen Richters des Erblassers in dieser Richtung nicht auf Art. 5 des Staatsvertrages gestützt werden. (Entsch. i. S. Diggelmann vom 10. Juli 1885, a. S. d. b.-g. E. XI. 339 ff.)

---

13. *Eidg. Konkordate über das Konkursrecht; beziehen sich dieselben auch auf das unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners?*

Die Konkordate vom 15. Juni 1806 und 7. Juni 1810 statuiren die Einheit des Konkurses nur für das bewegliche, nicht auch für das unbewegliche Vermögen des Gemeinschuldners. Demgemäss sind die Kantone berechtigt, über das auf ihrem Territorium gelegene unbewegliche Vermögen eines in einem andern Kanton domizilirten Gemeinschuldners einen Separatkonkurs einzuleiten, und haben nur den in einem solchen Separatkonkurse allfällig sich ergebenden Vorerlös an die Hauptkonkursmasse abzuliefern. (Entsch. vom 17. October 1885 i. S. Kropfli.)

---

14. *Art. 59 B.-V. Findet diese Verfassungsbestimmung auch bei Solidarschulden Anwendung?*

Der Umstand, dass Jemand nicht allein, sondern als solidarisch Mitverpflichteter mit allen übrigen Mitverpflichteten in's Recht gefasst wird, kann dem aufrechtstehenden Schuldner mit festem Wohnsitz den durch Art. 59 B.-V. gewährleisteten Gerichtsstand des Wohnsitzes nicht entziehen; kantonale Gesetzesbestimmungen, welche dem Kläger das Wahlrecht unter den mehreren konkurrierenden Gerichten der in mehreren Gerichtsbezirken wohnenden Schuldner einräumen, können vor dieser Verfassungsbestimmung, soweit die Mitverpflichteten in verschiedenen Kantonen wohnen, nicht bestehen. (Entsch. vom 14. November 1885 i. S. Sandi.) [1]

---

[1]) Vgl. auch A. S. d. b.-g. E. III. 44 Erw. 1.

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

15. *Compensation. Der Art. 131 O.-R. derogirt den Vorschriften kantonaler Prozessgesetze, welche die Geltendmachung nicht konnexer Gegenansprüche untersagen.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 24. Sept. 1885 i. S. Bucher-Rüttimann c. Aymon-Dufour.

Das Bezirksgericht Luzern hatte am 30. Mai 1885 entschieden, dass der Kläger Aymon-Dufour nicht gehalten sei, sich auf die Gegenklage des Beklagten einzulassen. Der Rekurs des Beklagten wurde jedoch vom Obergerichte gutgeheissen.

Motive: Dass Kläger den Beklagten aus einem Weinlieferungsgeschäft auf Bezahlung von Fr. 1066. 10 belangt, Beklagter hinsichtlich der eingeklagten Forderung seine Schuldnerschaft grundsätzlich anerkennend, für den Betrag von Fr. 635. 71 Abweisung der Klage aus dem Grunde verlangt, weil ihm in Folge Cession ab Seite eines Jacob Eicher für letztgenannten Betrag am Kläger eine zur Compensation mit der eingeklagten sich eignende Forderung zustehe.

Dass Beklagter die Berechtigung zur compensationsweisen Geltendmachung der durch Cession erworbenen Forderung auf Art. 131 O.-R. stützt, welche die Zulässigkeit der Compensation weder von der Liquidität der Gegenforderung noch ihrer Konnexität mit der Hauptforderung abhängig macht, Kläger dagegen seine Einlassungsweigerung auf § 288 des Z. R. V. gründet, welcher die rekonventionsweise Geltendmachung von mit den Hauptansprüchen nicht konnexen Gegenansprüchen regelmässig untersagt.

Dass bei dieser Sachlage das Verhältniss, in welchem die beiden angerufenen Gesetzesstellen zu einander stehen, einer nähern Prüfung zu unterziehen, eventuell zu untersuchen ist, ob die Vorschrift der kantonalen Processordnung durch diejenige des eidg. Civilrechts derogirt worden sei.

Dass § 288 zit., soweit durch denselben die rekonventionsweise Geltendmachung einer die Hauptforderung dem Betrage nach nicht übersteigenden, nicht konnexen Gegenforderung, also die Compensation im Process befangener nicht konnexer Forderungen untersagt wird, dem Art 131 cit., da dieser die Compensation solcher Forderungen allgemein zulässt, direkt widerspricht, gemäss Art. 881 O.-R. eben durch dieses Gesetz alle demselben widersprechenden kantonalen Bestimmungen, also auch § 288 zit. aufgehoben sich finden.

Dass immerhin, wie bei jedem anderen Gesetze, so auch bei den Bestimmungen des O.-R. die Rechtsverbindlichkeit, bezw. hier die derogirende Wirkung an die Voraussetzung zu knüpfen ist, dass diese Gesetzesbestimmungen vom competenten Gesetzgeber erlassen worden seien, somit vorliegend die Frage auftaucht, ob dem Bunde die Competenz zum Erlass des Art. 131 als einer anscheinend in's Processrecht eingreifenden Bestimmung zugestanden habe.

Dass durch Art. 64 B.-V. dem Bunde allgemein die Gesetzgebung über das Obligationenrecht vorbehalten wurde, daher demselben auch zustand, Bestimmungen über das Erlöschen der Obligationen zu erlassen, die in Art. 131 normirte Compensation aber bloss als Erlöschungsakt sich darstellt.

Dass, wenn somit feststeht, dass dem Bunde die Competenz zum Erlass der in Art. 131 enthaltenen Bestimmung über Compensation zukam, gleichzeitig auch die in oben (Motiv 4) ausgeführtem Umfange erfolgte Derogation des § 288 nicht weiter in Zweifel gezogen werden kann.

Dass nun vorliegend Beklagter seine Gegenansprache bloss behufs Compensation mit der Hauptforderung widerklagsweise geltend macht, die Gegenklage somit gegen § 288 des Z.-R.-V. nur insoweit verstösst, als diese Bestimmung durch Art. 131 O.-R. aufgehoben worden.

---

16. *Compensation. L'art. 131 C.-O. ne déroge pas aux dispositions des lois cantonales qui mettent obstacle à la compensation en matière de procédure d'exécution. (Cf. II, N^os^ 27, 71; III, 118, 119; IV, 15.)*

**Fribourg.** Jugement du Tribunal cantonal du 11. sept. 1885 dans la cause M. S. c. M. E.

En vertu d'un titre paré et exécutoire M. E. avait notifié des gagements à M. S., lequel s'y opposa, fondé sur divers motifs basés sur la compensation. Le Tribunal cantonal débouta M. S. de son opposition avec dépens.

Motifs. En droit: Considérant quant aux 4^e^, 5^e^ et 6^e^ motifs d'opposition fondés sur la compensation:

Que la poursuite pour dettes, comme procédure d'exécution, est régie par le droit cantonal exclusivement.

Qu'il est de jurisprudence admise par les tribunaux fribourgeois que la compensation de prétentions illiquides ne peut être opposée par le débiteur au créancier qui le poursuit en vertu d'un titre paré et exécutoire.

Qu'il n'y a pas lieu, dès lors, d'entrer en matière sur les dits moyens d'opposition.

---

17. *Action en dommages-intérêts. Réparation du dommage en cas de mort d'homme. Faute grave d'un employé ; responsabilité d'une personne morale exerçant une industrie. Art 50, 52, 54, 62 C.-O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal du 4 mai 1885 dans la cause hoirs Studer c. Société anonyme du gaz pour la Chaux-de-Fonds.

Le Tribunal cantonal: Attendu que les faits constants de la cause sont les suivants:

Le 16 octobre 1884, la Société du gaz de la Chaux-de-Fonds fit exécuter divers travaux au deuxième étage de l'immeuble rue du Marché N° 3, à Chaux-de-Fonds, par deux de ses ouvriers, les citoyens Georges Yosy et Flamino Quadri.

Ces deux ouvriers omirent de fermer un compteur à gaz et de boucher un tuyau resté ouvert par suite de l'enlèvement des installations du gaz.

Le dégagement du gaz qui se produisit par l'ouverture ci-dessus mentionnée occasionna la mort du citoyen Gottlieb Studer, ainsi que le constate le rapport médico-légal dressé par le docteur-médecin Amez-Droz, le 24 octobre 1884.

Cette mort survint le 18 octobre avant midi, sans que Gottlieb Studer ait repris connaissance, malgré les soins immédiats qui lui furent donnés par le docteur Amez-Droz.

Gottlieb Studer habitait l'appartement au-dessus de celui dans lequel la fuite de gaz s'était produite.

Il s'était couché le 16 octobre, tôt après huit heures du soir, en parfaite santé.

Il laisse trois enfants, dont un majeur, Fritz Studer, et deux mineurs, Sophie-Marie, agée de 17 ans 8 mois, et Pauline, agée de 14 ans 4 mois, qui tous ont accepté sa succession purement et simplement.

Les deux enfants mineurs de feu Gottlieb Studer sont incapables de subvenir à leur entretien, et il est à prévoir qu'ils ne seront pas à même de gagner quoi que ce soit avant plusieurs années.

L'aînée des mineures, Sophie-Marie, en particulier, n'a jamais pu apprendre de métier, car, quoique d'une constitution relativement forte, elle est dépourvue d'intelligence.

Le citoyen Jean Baumgartner, tuteur des enfants mineurs Studer, a payé pour frais résultant du décès de Gottlieb Studer une somme de fr. 237.

Le tribunal correctionnel de la Chaux-de-Fonds, siégeant avec l'assistance du jury, a, par jugement en date du 3 décembre 1884, reconnu le citoyen Yosy, employé du gaz, coupable d'homicide involontaire sur la personne de Gottlieb

Studer et il l'a condamné pour ce délit à une amende de fr. 150.

Ensuite de ce jugement, une tentative d'entente amiable eut lieu entre la Société du gaz et le représentant du tuteur des enfants Studer, mais cette tentative échoua, l'autorité tutélaire de la Chaux-de-Fonds ayant trouvé trop minime la somme offerte aux enfants Studer à titre de dommages-intérêts par la Société du gaz.

En droit:

Attendu que la société défenderesse ne conteste pas le principe de la responsabilité qu'elle encourt par la négligence de l'un de ses employés, et, par suite, à la famille Studer, le droit de réclamer des dommages-intérêts pour le décès de son chef que cette négligence a entraîné;

Que dans la supputation du chiffre de l'indemnité, seul point en litige, ce ne sont pas aux circonstances dans lesquelles se trouve Fritz Studer, l'aîné de la famille, qui, sans l'assistance de son père, était en mesure de se suffire à lui-même, que le juge doit s'attacher, mais à celles de ses deux sœurs, toutes deux mineures, l'une d'une intelligence peu développée et qui demeurera vraisemblablement toujours à la charge de ses proches, l'autre dont l'éducation exige encore des sacrifices;

Que c'est dans le but de donner satisfaction à ces exigences qu'il y a lieu à fixer le chiffre de cette indemnité;

Vu les articles 50 et suivants du code fédéral des obligations et l'article 203 du code de procédure civile;

P. c. m.: Prononce que la demande est bien fondée en principe, condamne la société défenderesse à payer au citoyen Jean Baumgartner, sous sa relation de tuteur de Pauline et de Sophie-Marie Studer, la somme de fr. 8000 pour toutes choses.

---

18. *Action en dommages-intérêts. Accident; imprudence du demandeur; réduction de l'indemnité. Art. 51 C.-O.*

Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 14 septembre 1885 dans la cause Tamagni c. Henneberg & Cie.

Henneberg & Cie sont-ils civilement responsables envers Tamagni des conséquences de l'accident arrivé à celui-ci, et dans quelle mesure?

En fait: le 16 novembre 1883, Tamagni, travaillant avec d'autres ouvriers pour le compte de Henneberg & Cie, était occupé à établir et à faire éclater des mines. Une de ces mines n'ayant pas éclaté, les ouvriers, après avoir attendu le

temps prescrit, c'est-à-dire environ un quart d'heure, s'approchèrent de la mine et se mirent en devoir de la décharger. Pour y arriver, ils tentèrent de pratiquer un trou à l'aide d'un burin et d'une masse. Au cours de cette opération, la mine éclata et Tamagni ainsi qu'un autre ouvrier furent blessés et transportés à l'Hôpital cantonal.

Tamagni resta à l'hôpital jusqu'au 25 janvier 1885, mais après sa sortie et pendant un laps de temps d'environ 3 mois à dater du jour de l'accident, il demeura frappé d'une incapacité de travail relative.

Vu les enquêtes auxquelles il a été procédé devant les premiers juges;

Considérant qu'il en résulte qu'au moment où il a été constaté que la mine n'éclatait pas, des ordres contradictoires ont été donnés aux ouvriers par les préposés chargés de les surveiller;

Que le piqueur Pollet, spécialement préposé à la surveillance de la bricole dont faisait partie Tamagni, a, suivant sa propre déposition, choisi ce moment-là pour s'éloigner, sans surveiller l'exécution des ordres qu'il dit avoir donnés et alors que sa présence auprès de ses hommes était le plus nécessaire;

Considérant que les ouvriers, laissés à leur propre initiative, se sont mis en devoir de décharger la mine, en choisissant le procédé le plus dangereux et en négligeant les précautions indispensables;

Considérant qu'il y a eu faute de part et d'autre, savoir: défaut de précaution et de surveillance de la part des employés de Henneberg & Cie; imprudence de la part de quelques-uns de leurs ouvriers; enfin, imprudence personnelle de la part de Tamagni;

Considérant, en conséquence, que c'est le cas d'appliquer la disposition de l'art. 51, § 2 C.-O. et de réduire l'indemnité due à Tamagni proportionnellement à la part de responsabilité qui lui incombe;

P. c. m., la Cour..... réforme le jugement du Tribunal civil du 27 janvier 1885 dont est appel et, statuant à nouveau, condamne les intimés à payer à l'appelant, avec intérêts tels que de droit, la somme de 400 fr. à titre d'indemnité pour les causes susénoncées.

19. *Pouvoirs pour agir. Prétendue ratification. Responsabilité de l'incapable qui se donne faussement pour capable. Droit de rétention. Enrichissement illégitime. Art. 32, 33, 46, 70, 227, 469 et suiv. C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal des 11/12 novembre 1885 dans la cause Veuve et enfants Spycher c. Union vaudoise du Crédit.

Pour être payée de deux billets à ordre, de 4000 et de 1000 fr., souscrits par Charles Spycher, au nom de sa mère veuve Spycher, à Hutwyl (Berne), l'Union vaudoise du Crédit, à Lausanne, a saisi spécialement un coupon de dépôt de la Banque cantonale vaudoise, du capital de 11,000 fr., remis en nantissement par la débitrice.

Veuve Spycher et ses enfants, ceux-ci représentés par l'autorité tutélaire de Köniz (Berne), leur commune d'origine, ont opposé à cette saisie. Veuve Spycher s'est spécialement fondée sur la loi bernoise du 27 mars 1847, à teneur de laquelle elle estime que son engagement est nul.

L'Union du Crédit a critiqué la vocation de l'autorité tutélaire de Köniz pour agir au nom des enfants Spycher. Il a été objecté à ce moyen que, postérieurement à l'ouverture de l'action, un tuteur régulier a été nommé à ces enfants pour suivre au procès et que les procédés antérieurs ont ainsi été ratifiés.

Le Tribunal du District de Lausanne a éconduit les enfants Spycher d'instance et a débouté, quant au fond, la veuve Spycher des fins de son opposition.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Sur le moyen exceptionnel de l'Union du Crédit, . . . Considérant, en outre, que les art. 32, 46 et 469 et suiv. C.-O., invoqués par les recourants, ne sont point applicables à l'espèce.

Que la ratification prévue en ces articles vise les contrats en général et la gestion d'affaires, mais ne saurait s'appliquer à la situation faite aux parties en cause dans un procès, au point de vue exclusif de la procédure.

Que cette matière, entièrement réservée au droit cantonal, ne fait pas l'objet des dispositions susvisées du C.-O., mais qu'elle est réglée par les articles plus haut mentionnés du Code de procédure civile vaudois . . . .

Sur le fond, Considérant que l'art. 6 de la loi bernoise du 27 mars 1847 statue ce qui suit:

„Jusqu'au partage de la succession, la veuve ne peut apporter aucun changement essentiel dans l'état des biens

sans avoir obtenu à cet effet le consentement des enfants qui ne sont point en sa puissance et, pour ceux qui le sont, la ratification de l'autorité tutélaire de leur commune d'origine. — Est nul tout acte de la veuve qui, sans ce consentement, modifierait ou amoindrirait notablement les biens. — Jusqu'à la clôture du partage, il est absolument interdit à la veuve de cautionner."

Considérant que cet article ne concerne pas la capacité civile proprement dite de la veuve, mais qu'il a plutôt trait à une question de disponibilité relevant du droit matrimonial et successoral, soit à l'interdiction pour la mère de disposer de certains biens sur lesquels les enfants ont un droit éventuel d'après la dite loi bernoise.

Qu'ainsi cette disposition n'a nullement été annulée par la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile, ainsi que le prétend l'Union du Crédit.

Mais attendu qu'il résulte des circonstances de la cause que veuve Spycher a effectué en son nom personnel le dépôt de fr. 11,000 à la Banque cantonale et qu'un certificat de ce dépôt lui a été délivré à elle personnellement par cet établissement.

Que ce certificat, qui ne renferme aucune réserve, a été présenté à l'Union du Crédit pour garantir les billets de fr. 4000 et de fr. 1000 souscrits par le fils Spycher, qui était porteur d'une procuration délivrée par sa mère veuve Spycher en date du 14 février 1884.

Que cette procuration, qui était légalisée par l'autorité compétente bernoise, donnait le pouvoir au fils Spycher de souscrire pour sa mère et en son nom les billets de change ci-dessus et de remettre en nantissement, pour garantie de ces emprunts, le certificat de dépôt de fr. 11,000 à la Banque cantonale vaudoise.

Qu'à cette occasion, veuve Spycher n'a pas fait connaître à l'Union sa qualité de Bernoise et qu'elle lui a ainsi caché sa véritable situation juridique.

Considérant, en outre, que l'autorité tutélaire de Köniz savait que les fr. 11,000 provenant de la succession du mari Spycher étaient déposés à la Banque cantonale vaudoise, puisqu'elle avait fait savoir à cet établissement, déjà par lettre du 1er septembre 1880, que veuve Spycher n'avait pas le droit de retirer le capital.

Que cette autorité s'est bornée à cette simple défense, mais qu'elle n'a pris aucune précaution pour faire modifier par la Banque cantonale le certificat de dépôt délivré personnellement à veuve Spycher.

Qu'en ne le faisant pas, l'autorité tutélaire de Köniz a permis à veuve Spycher d'utiliser le certificat de dépôt et de rendre ainsi illusoire la défense qu'elle avait adressée à la Banque cantonale.

Considérant que veuve Spycher a connu toutes ces circonstances et qu'elle ne les a point révélées à l'Union vaudoise.

Que, dans cette situation, la défenderesse peut se prévaloir de la disposition de l'art. 33 C.-O., aux termes de laquelle la partie induite en erreur est fondée à poursuivre en justice la réparation du préjudice qui lui a été causé.

Considérant, au surplus, que l'Union, sciemment induite en erreur par veuve Spycher, a reçu de bonne foi le gage qui lui était remis pour assurer l'emprunt contracté par la demanderesse.

Qu'elle est donc au bénéfice d'un droit de rétention qu'elle peut opposer au tiers propriétaire du dit gage, suivant les dispositions de l'art. 227 C.-O.

Considérant, enfin, qu'à supposer même que le nantissement ne fût pas valable, veuve Spycher ne saurait néanmoins se soustraire aux réclamations de l'Union du Crédit.

Qu'en effet, il résulte des faits définitivement admis par les premiers juges que les valeurs livrées par la défenderesse ont permis à veuve Spycher d'exploiter, après la faillite de son mari, un petit commerce, d'entretenir et d'élever ses enfants mineurs habitant avec elle.

Que les frais d'éducation de ceux-ci ont aussi été payés au moyen des deniers de l'Union du Crédit.

Que, dans ces circonstances, le refus par veuve Spycher de restituer à la défenderesse les sommes qu'elle lui a empruntées constitue un enrichissement sans cause légitime aux dépens d'autrui, prohibé à teneur de l'art. 70 C.-O.

---

**20.** *Droit de rétention du bailleur. Poursuite exercée par un autre créancier sur les meubles affectés à la garantie du loyer.*

**Vaud.** Arrêt du 29 septembre 1885 dans la cause Distillerie de Schwyz c. hoirie Delisle.

Pour parvenir au paiement d'une valeur due par Anna Dubochet, à Lausanne, la distillerie de Schwyz a pratiqué une saisie contre la débitrice et a fait annoncer la vente de divers meubles appartenant à celle-ci. Ces meubles garnissant les lieux loués à veuve Dubochet par l'hoirie Delisle, à Lausanne, celle-ci les a d'abord séquestrés pour parvenir au paie-

ment du loyer, puis a opposé à la vente requise par la distillerie de Schwyz.

L'assesseur vice-président de la Justice de paix du cercle de Lausanne a admis l'opposition de l'hoirie Delisle et le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 294 C.-O., le bailleur d'un immeuble a pour garantie du loyer de l'année écoulée et de l'année courante un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués.

Qu'ainsi le bailleur a le droit de retenir les meubles qui sont sa garantie.

Que, dès lors, si d'autres créanciers prétendent se payer sur les meubles affectés au privilège du bailleur, ils doivent, au préalable, désintéresser ce dernier.

Qu'aussi longtemps que le bailleur, dans la limite de son privilège, n'est pas désintéressé, on ne peut disposer sans son consentement des meubles qui sont sa garantie.

---

21. *Bail. Droit de rétention. Créanciers en concours. Art. 294 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 novembre 1885 dans la cause Briggen c. Spühler.

Pour être payé de 150 fr. dus pour loyer, Charles Spühler, à Vevey, a séquestré le 23 septembre 1884 les meubles garnissant les lieux loués à Edouard Heitzmann. Ces mêmes objets avaient déjà été séquestrés le 23 août 1884 par Abram Briggen, à Tartegnins, en vertu d'une créance non privilégiée, et le même jour l'huissier-exploitant du cercle de Vevey en avait déplacé une partie, qu'il avait fait transporter au local des ventes.

La vente des objets séquestrés a eu lieu le 6 janvier 1885 et a produit une valeur nette de 140 fr. 85 cent., que le juge a attribuée en entier à Spühler, suivant tableau de répartition du 29 septembre 1885.

Briggen a recouru contre ce tableau, en se fondant sur ce que les objets séquestrés ont été déplacés et qu'ainsi le droit de rétention du bailleur Spühler s'est trouvé éteint.

Le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Motifs: Attendu que, par son séquestre du 23 août 1884, Briggen n'a point fait évanouir le droit de rétention au bénéfice duquel Spühler se trouve placé en sa qualité de bailleur des lieux loués au débiteur Heitzmann.

Que d'une part, en effet, le déplacement des objets en question n'a point eu pour conséquence de les soumettre à un

autre droit de préférence qui puisse être opposé à celui du bailleur Spühler.

Que le local des ventes est destiné entre autres à la réalisation des objets saisis et à leur conservation.

Que c'est précisément dans ce but et sans préjuger les droits auxquels ils pouvaient être soumis que les meubles litigieux y ont été transportés par main de justice.

Que le transport dans ce local ne saurait, en principe, exercer aucune influence sur les droits respectifs des intéressés.

Que la nature de ces droits doit être appréciée d'après les dispositions légales qui leur sont propres.

Attendu, d'autre part, que les meubles nos 1 à 6 ont été l'objet d'un séquestre pratiqué à l'instance du bailleur Spühler le 23 septembre 1884.

Que ce nouveau séquestre a été pratiqué avant que le séquestre précédent eût été perfectionné.

Qu'il résulte de cette circonstance que les créanciers Briggen et Spühler se trouvaient en concours pour la répartition du produit de la vente des meubles séquestrés.

Que cette répartition devait s'opérer non point eu égard à la priorité des séquestres pratiqués (art. 701 du Code de procédure civile), mais d'après le principe posé à l'art. 1624 du Code civil, vu la qualité des titres des créanciers en concours.

Que Spühler, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, n'a point perdu le droit à lui conféré par l'art. 294 C.-O.

Qu'en cette qualité, il doit être colloqué sur le produit net de la vente (140 fr. 85 cent.) pour les 150 fr. de loyer qui lui sont dus.

---

22. *Retentionsrecht. Erforderniss der Konnexität. Art. 224 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichtes vom 25. August 1885 i. S. J. Wüger c. J. Schiegg.

Die Tochter des Appellaten war mit dem Appellanten verlobt. In Aussicht auf die bevorstehende Verehelichung wurden verschiedene zur Aussteuer gehörige Gegenstände in die Wohnung des Appellanten geschafft. Die Verlobung wurde aber aufgelöst. Nun erwirkte der Appellat die Präsidialverfügung, Appellant habe diese dem Appellaten gehörigen Gegenstände demselben zu verabfolgen. Appellant focht diesen Präsidialbefehl an, indem er behauptete, die Mobilien seien Eigenthum der Tochter und ausserdem habe er aus For-

derungen an den Appellaten und dessen Tochter ein Retentionsrecht. Die erste Instanz schützte den Präsidialbefehl und das Obergericht bestätigte den Entscheid.

Motive: Der Appellat vindizirt eine Anzahl von Gegenständen, welche sich im Gewahrsam des Appellanten befinden. Zur Begründung seines Anspruches hat er nachzuweisen, dass er Eigenthümer derselben ist. Es ist erstellt, dass diese Objekte die Aussteuer der Tochter des Appellaten gebildet haben, und zugegeben, dass sie wenigstens theilweise aus dem Geld des Appellaten gekauft worden sind. Nun besteht keine Rechtsvermuthung dafür, dass die Brautfahrt vor erfolgter Verehelichung in das Eigenthum der Tochter übergegangen sei; nach den Verhältnissen ist vielmehr zu schliessen, dass der Vater sie, wenn auch vielleicht theilweise aus dem Sparkassaguthaben der Tochter, angeschafft habe und dass das Eigenthum erst mit erfolgter Verehelichung auf die Tochter übergehen sollte. Dies wird bestätigt durch eine ausdrückliche Erklärung der Tochter vom 3. März 1885, dass die Gegenstände Eigenthum des Vaters seien und sie dieselben nicht anspreche, und durch den betreffenden Versicherungsvertrag, welcher den Appellaten als Eigenthümer bezeichnet. In Rücksicht auf diese Ausweise kann auf den Beweisantrag des Appellanten dafür, dass die Tochter die Gegenstände angeschafft und bezahlt habe, nicht eingetreten werden; die Mobilien sind zur Zeit als Eigenthum des Appellaten zu betrachten.

Appellant erhebt die Retentionseinrede, indem er gegenüber dem Appellaten für Arbeitsleistungen aus der Zeit des Verlöbnisses her und gegenüber der Tochter wegen Verlöbnissbruch eine Forderung habe. Nach § 224 des Obligationenrechts ist die Retention nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Forderung und der Gegenstand der Retention im Zusammenhang stehen. Dies ist nun nicht der Fall in Bezug auf die Forderung gegenüber dem Appellaten; sie stützt sich auf Arbeitsleistungen in der Landwirthschaft, welche zu der Aussteuer in keinem Zusammenhang stehen. Die Retention wäre zulässig, wenn etwa Appellant an den Mobilien Arbeiten vorgenommen und dafür eine Forderung erlangt hätte. Mit einer allfälligen Forderung aus Verlöbnissbruch gegenüber der Tochter kann nur derselben gegenüber, nicht aber gegen den Vater die Retention geltend gemacht werden.

23. *Absolute Fixirung der Vertragsleistung auf eine bestimmte Zeit als wesentlicher Vertragsinhalt. Keine solche ist die blosse Festsetzung eines Antrittstermins in Miethverträgen. Art. 123 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 8. Februar 1885, und des Kassationsgerichts vom 1. Juni 1885, i. S. Keller c. Weibel.

In einem Miethsvertrag war als Antrittstermin der 30. April 1884 festgesetzt. Der Miether zog indessen nicht ein, sondern erklärte am 5. Mai, dass er vom Vertrage zurücktrete. Vom Vermiether auf Schadensersatz belangt, wendete derselbe u. a. ein, Kläger habe sich im Verzug befunden, indem er am 30. April, trotzdem er, der Beklagte, damals ernstlich Willens gewesen sei, die Miethlokalitäten anzutreten, nicht zur Uebergabe derselben bereit gewesen sei, sondern solche damals und noch 5 Tage später selbst bewohnt habe, wesshalb er gemäss Art. 123 zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt gewesen sei. — Die Appellationskammer verwarf indess diesen Standpunkt als unbegründet.

Motive: Die blosse Festsetzung eines Antrittstermins in Miethverträgen bildet für sich allein gerade so wenig, wie die bloss allgemeine Bestimmung eines Leistungstages in andern obligatorischen Verträgen den Beweis dafür, dass die Kontrahenten das Stehen und Fallen des Vertrages von der pünktlichen und genauen Innehaltung des fraglichen Erfüllungszeitpunktes abhängig machen wollten. Dass die Festsetzung eines bestimmten Leistungstages diese Meinung gehabt habe, muss vielmehr im Vertrage speziell angedeutet sein, z. B. durch den Ausdruck, die Wohnung muss bis spätestens den 30. April zum Bezuge bereit sein, oder sie muss präzis an diesem Tage angetreten werden können. Art. 123 des O.-R. hat die sog. Fixgeschäfte im Auge, welche aber nur dann vorhanden sind, wenn der Wille der Kontrahenten ganz klar dahin ausgesprochen ist, dass der vereinbarten Erfüllungszeit jene weitgehende Bedeutung und Wirkung beigelegt sein solle, dass schon der geringste Verzug zum Rücktritt berechtige. Nur bei dieser Auffassung erklärt sich auch, warum der Gesetzgeber für den kaufmännischen Verkehr speziell vorgeschrieben hat, dass schon die allgemeine Fixirung eines Lieferungstermins die Vermuthung begründe, es haben die Kontrahenten demselben jene weitgehende Bedeutung beilegen wollen (Art. 234); denn wäre diese Vermuthung schon durch den Art. 123 für den gesammten Rechtsverkehr ausgesprochen, so hätte es keinen Sinn gehabt, dieselbe für kaufmännische Geschäfte noch speziell vorzuschreiben.

Das Kassationsgericht, an welches der Fall nachher gelangte, erklärte die obigen Ausführungen als zutreffend.

---

24. *Werkvertrag. Haft des Unternehmers für die Brauchbarkeit des Werkes. Erhebliche nicht sofort erkennbare Mängel. Art. 358, 360 O.-R.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichtes vom 25. September 1885 i. S. W. & Cie. c. B. & Cie.

Die Kläger färbten den Beklagten seit einer Reihe von Jahren Baumwollengarne, welche von den letztern zur Elastiques-Fabrikation verwendet wurden. Die Regulirung des Färberlohnes geschah regelmässig am Schlusse eines Quartals. Die Bezahlung der Rechnung für das IV. Quartal 1883 wurde jedoch von den Beklagten verweigert, worauf die Kläger den Betrag von Fr. 1470. 60 sammt Zins vom 1. Januar 1884 an einklagten.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie Beweis dafür anerboten, dass die Kläger die Garne schlecht gefärbt und ihnen dadurch einen Schaden zugefügt haben, welcher den Betrag der eingeklagten Summe übersteige. Zur Begründung der erlittenen Schädigung wurde geltend gemacht: Die Kläger haben im Frühjahr 1883 Garne mit dem Auftrage empfangen, dieselben rosa zu färben, und den Auftrag auch ausgeführt. Die zuletzt abgelieferten, ebenfalls rosa gefärbten Garne seien zu Elastiques mit Rosastreifen verwendet und letztere theils an verschiedene Besteller gesandt, theils auf Lager behalten worden. Die Besteller haben aber bald reklamirt, die gelieferten Waaren als mangelhaft und unbrauchbar zur Disposition gestellt und die Beklagten, nachdem sie sich vom Vorhandensein der gerügten Mängel überzeugt, jenen die betreffenden Fakturabeträge abgeschrieben. Die zurückgebotenen und die auf Lager befindlichen ebenfalls unbrauchbaren Elastiques mit Rosastreifen repräsentiren in unverdorbenem Zustande einen Werth von Fr. 1869. 90. Alle diese aus dem von den Klägern rosa gefärbten Garne fabrizirten Elastiques tragen den gleichen, anfänglich nicht bemerkten und nicht bemerkbaren und erst im Laufe der Zeit eingetretenen Mangel, nämlich den, dass die Elastiques, soweit die Rosastreifen gehen, rollig geworden seien, ihre Elastizität verloren haben und demzufolge die Waare unbrauchbar und unverkäuflich sei. Die Verwendung von Kochsalz oder eines andern den Gummi zerstörenden Stoffes beim Färben habe das Verderben der Elastiques, soweit die Rosastreifen gehen, verursacht.

Das Bezirksgericht hat den Beklagten für das Anbringen, dass die aus dem von den Klägern gefärbten Garne gefertigten Elastiques verdorben und unbrauchbar seien, dass die Ursache davon in der Verwendung von Kochsalz oder eines andern dem Gummi nachtheiligen Stoffes zum Färben liege, d. h. dass die von den Klägern zum rosafärben verwendete Farbe die Elastiques verdorben habe und dass ihnen ein Schaden von Fr. 1869. 90 zugefügt worden, den beantragten Beweis zuerkannt. Dieser Entscheid wurde zweitinstanzlich bestätigt.

Motive: Unzweifelhaft ist das zwischen den Parteien waltende Rechtsverhältniss als ein Werkvertrag (Art. 350 O.-R.) zu betrachten. Die Kläger haben von den Beklagten gegen Bezahlung des üblichen Färberlohnes Garne zum rosa Färben übernommen, also sich zur Fertigstellung eines Werkes — Umänderung des rohen Garnes in rosa gefärbtes — verpflichtet. Die Kläger wussten, dass dieses Garn zur Fabrikation von Elastiques verwendet werden solle, nnd hatten daher auch die Pflicht, es in der Weise rosa zu färben, dass es zu dem angegebenen, ihnen bekannten Zwecke geeignet sei und dazu ohne Nachtheil verwendet werden könne, denn nach Art. 358 O.-R. haftet der Unternehmer dafür, dass das zu erstellende Werk brauchbar ist, d. h. zu dem bestimmten Zwecke Verwendung finden kann. Die Verantwortlichkeit, dass die Farbe den damit gefärbten Stoff oder andere mit diesem in Verbindung gebrachte Stoffe unversehrt lässt und nicht nachtheilig darauf einwirkt, fällt daher nach allgemein rechtlichen, auch im O.-R. niedergelegten, Grundsätzen auf den Färber und nicht auf denjenigen, welcher aus dem gefärbten Garn andere Sachen, wie Tuch, Elastiques etc. fabrizirt. Wer ein Handwerk oder Gewerbe ausübt, der hat dafür einzustehen, dass er auch die zu demselben nöthigen Kenntnisse besitzt. Der Färber soll daher wissen, wie die Farbe auf die verschiedenen Stoffe einwirkt, und wenn Garn mit einer Farbe gefärbt wird, die dasselbe verdirbt und unbrauchbar macht, so lässt sich nicht bestreiten, dass der Färber für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich ist. Diese Verantwortlichkeit muss aber auch dann eintreten, wenn nicht das Garn selbst, sondern die damit in Verbindung gebrachten Stoffe, die daraus gefertigten Waaren verdorben werden, vorausgesetzt natürlich, dass der Färber weiss, dass das gefärbte Garn mit dem betreffenden Stoffe verbunden werden soll. Die Kläger hatten daher die Pflicht, genau und gründlich zu prüfen, ob die zu verwendende Farbe auf den Kautschuk nachtheilig und zerstörend einwirke, und wenn sie nun ohne weitere Untersuchung

eine Färbmethode anwendeten, welche zerstörend auf die Gummifäden einwirkte und die Elastiques unbrauchbar machte, so liegt auf ihrer Seite ein Verschulden vor.

Die Auffassung der Kläger, dass die Beklagten die nothwendigen Untersuchungen über Einwirkung der Farbe auf den Kautschuk hätten anstellen und ihnen die nöthigen Anweisungen ertheilen sollen und dass sie, weil sie dieses nicht gethan, den Schaden selbst verschuldet haben, ist eine unrichtige, und wenn auch die Beklagten aus freien Stücken derartige Untersuchungen haben anstellen lassen, so sind die Kläger von der Pflicht, solches zu thun, nicht entbunden worden.

Möchte man aber auch im Allgemeinen die wichtige Frage über die Verantwortlichkeit für die Wirkung der Farbe principiell zu Gunsten der Kläger entscheiden, so müssten doch im vorliegenden Falle die Kläger als verantwortlich angesehen werden. Die Kläger haben schon viele Jahre Garne für die Beklagten rosa gefärbt, ohne dass für die daraus gefertigten Elastiques Nachtheile entstanden sind. Die Beklagten durften sonach erwarten, dass die Kläger auch das in Rede stehende Garn in gleicher Art und Weise färben werden. Von dem bisherigen Verfahren sind die Kläger, wenn den Beklagten der beantragte Beweis gelingt, eigenmächtig abgewichen, und wenn daraus Schaden erwachsen ist, sind sie pflichtig, denselben zu ersetzen.

---

25. *Mandat. Insolvabilité du sous-mandataire; responsabilité du mandataire. Art. 397 § 2 C.-O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 28 mai 1885 dans la cause Lejeune c. Guillaumet.

Attendu, en fait, qu'en janvier 1883, Lejeune, étant créancier d'un sieur de Rossi, bijoutier à Naples, d'une somme de 4868 fr. 10 c., une procuration en brevet fut passée devant notaire; cette procuration donnait, au nom de Lejeune, plein pouvoir au mandataire pour agir au mieux des intérêts du mandant.

Attendu que cette procuration fut remise au défendeur qui l'accepta et l'envoya à Naples; qu'en dépit de toutes les subtilités dont il essaie de se faire une défense, il est certain que Guillaumet a été, dans l'espèce, le sachant et le voulant, le mandataire du demandeur; qu'ayant reçu de lui le pouvoir de se substituer quelqu'un dans l'accomplissement du mandat, il a choisi, de son plein gré, le sieur Nocera;

Attendu que le débiteur Rossi obtint un concordat, aux

termes duquel il promit de payer à ses créanciers le 10% de ce qui leur était dû; que le 10%, revenant à Lejeune, soit 486 fr. 80 c., a été payé au sieur Nocera susdésigné, et ce il y a bientôt 2 ans;

Attendu que, ledit sieur Nocera étant devenu insolvable, Guillaumet soutient que ce personnage était non un sous-mandataire, mais le mandataire direct du demandeur, et que lui-même ne saurait en rien être responsable de ses agissements;

Vu les art. 397, 398 et 405 C.-O.;

Attendu que le mandataire répond du soin avec lequel il a choisi le sous-mandataire; qu'en outre, il est tenu de rendre compte de sa gestion au mandant; que, même au cas où le rôle de Guillaumet n'aurait été que de s'entremettre entre Lejeune et Nocera, il serait soumis aux règles du mandat et qu'à plus forte raison, ces règles lui sont-elles applicables, lorsque des explications données il résulte qu'il a été, en fait, au moins oralement, si ce n'est par écrit, choisi comme son mandataire par le demandeur, ainsi qu'il est dit plus haut, et payé pour l'exécution de ce mandat, ce que prouve l'une des pièces versées aux dossiers;

Attendu qu'ayant mal choisi la personne qu'il a chargée d'exécuter le mandat à lui donné, le défendeur est absolument responsable des faits et gestes de celle-ci dans l'accomplissement de sa mission; qu'une somme ayant été touchée par Nocera, Guillaumet doit, étant appelé à rendre compte de sa gestion, être condamné à la payer au demandeur, quitte à lui d'agir au mieux de ses intérêts vis-à-vis de celui qui détient indûment cet argent;

Attendu, en effet, que c'est en vain que le défendeur articule que, sa note de frais ayant été payée par Lejeune, ce dernier est forclos dans ses droits; que le paiement d'une note due à un mandataire ne saurait point constituer décharge du mandat qui, souvent même, est appelé à durer encore. . . . .

---

26. *Société en nom collectif. Faillite de la société et faillite personnelle des associés. Art. 564 et 573 C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 16 septembre 1885 dans la cause Banque populaire de la Broye c. Rapin.

Emile Rapin et Louis Rapin, à Corcelles près Payerne, ont constitué au dit lieu, sous la raison sociale **Rapin frères** une société en nom collectif inscrite au registre du commerce.

La société Rapin frères ayant cessé ses paiements, la Banque populaire de la Broye, à Payerne, créancière de la société, a requis la mise en faillite soit de cette dernière, soit de Louis Rapin personnellement et de la succession du coassocié Emile Rapin.

Le Tribunal du District de Payerne a ordonné la faillite de la société, mais a refusé de prononcer celle des associés personnellement.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Attendu qu'il résulte de l'art. 573 C.-O. que la faillite de la société en nom collectif n'entraîne pas de plein droit la faillite personnelle des associés, de même que la faillite de l'un des associés n'entraîne pas de plein droit celle de la société.

Que la loi a fait ainsi une distinction bien établie entre la personnalité de la société et celle des associés eux-mêmes.

Considérant que si les associés sont tenus solidairement et sur tous leurs biens des engagements de la société, on ne peut rechercher un associé personnellement à raison d'une dette sociale que lorsque la société a été dissoute ou qu'elle a été l'objet de poursuites restées infructueuses (art. 564 C.-O.).

Que, dans l'espèce, ces circonstances n'ont point été établies.

Considérant qu'il ne résulte pas de l'enquête instruite par le Président du Tribunal que Louis et Emile Rapin aient été l'objet de poursuites infructueuses.

Que les dépositions intervenues ne révèlent aucune circonstance qui permette d'inférer que L. et Emile Rapin aient abusé du crédit d'une manière dangereuse pour l'ordre public.

Que l'allégation que l'un deux aurait commis des actes délictueux ne saurait actuellement être prise en considération, aucune preuve n'étant intervenue à ce sujet.

Que c'est, dès lors, avec raison que le Tribunal de Payerne a refusé, pour le moment, la faillite personnelle de L. et Emile Rapin.

---

27. *Lettre de change. Refus d'acceptation. Sauf convention spéciale, le tiré n'est pas tenu d'accepter, alors même qu'il reconnaît être tenu de payer à l'échéance la traite présentée à son acceptation. Art. 736 et suiv. C.-O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 novembre 1885 dans la cause Claudine Guillermet c. Bandlé.

F. Bandlé, à Genève, a vendu à Claudine Guillermet, à

Vevey, dix lits en fer, au prix de 128 fr. Il a été convenu entre parties que cette valeur serait payable en une traite au 31 juillet 1885.

Le 15 juin 1885, Bandlé a fait présenter une traite à dame Guillermet, mais celle-ci a refusé de l'accepter, ce dont protêt a été dressé. Bandlé a alors, le 11 juillet 1885, ouvert action à dame Guillermet pour être reconnu créancier du prix de vente, plus 6 fr. 10 pour frais de protêt et accessoires.

Claudine Guillermet a, à la première audience, fait dépôt en mains du juge de la valeur de 128 fr., mais elle a refusé de payer les frais de protêt.

Le Juge de paix du cercle de Vevey ayant admis les conclusions du demandeur, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'il avait été convenu entre parties que Claudine Guillermet paierait à Bandlé 128 fr. en une traite au 31 juillet 1885.

Que Bandlé a fait, le 15 juin 1885, présenter cette traite à l'acceptation de Claudine Guillermet, laquelle a refusé d'accepter cet effet.

Que, sur une réclamation écrite du mandataire de Bandlé, Claudine Guillermet a maintenu ce refus, tout en déclarant qu'elle paierait la traite en cause le 31 juillet 1885.

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions légales sur l'acceptation que celle-ci a pour but essentiel de garantir le porteur contre le tireur ou contre les endosseurs.

Qu'aucune disposition légale n'oblige le tiré à accepter.

Que, dès lors, sauf convention spéciale, le tiré n'est point tenu d'accepter, alors même qu'il reconnaît être tenu de payer à l'échéance la traite présentée à son acceptation.

Attendu qu'en l'espèce, il n'est ni établi, ni même allégué que Claudine Guillermet eût pris l'engagement d'accepter la traite en cause.

Attendu qu'elle a déclaré vouloir payer à l'échéance la traite en cause et qu'ensuite de l'action qui lui fut ouverte le 11 juillet 1885, elle a consigné en mains du juge, à sa première audience, la somme de 128 fr.

Considérant, dès lors, que l'action de Bandlé était prématurée, et que c'est avec raison que Claudine Guillermet y a résisté.

Vu les art. 736 et suivants C.-O.

28. *Wechselzeichnung. Indossement mit dem Namen des Ehemannes von der Ehefrau geschrieben. Wechselmässige Verpflichtung des Ehemannes in Folge Ratihabition. Anwendung des Art. 61 O.-R.? — Art. 808 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichtes i. S. Georg Brüllmann c. Leihkasse Bischofszell vom 28. August 1885.

Die Appellatin belangte den Appellanten für die Forderung von Fr. 3500 gestützt darauf, dass er einen Wechsel, welcher protestirt und wegen Konkurses des Ausstellers nicht eingelöst worden sei, indossirt habe. Appellant bestritt seine Haftbarkeit, da nicht er, sondern seine hiezu nicht bevollmächtigte Ehefrau den Wechsel unterschrieben habe, und eventuell behauptete er, dass er nur für die Hälfte der Fr. 3500 hafte, da seine Ehefrau in den Glauben versetzt worden sei, dass sie nur einen gewöhnlichen Bürgschein gemeinsam mit einem Stieger unterzeichne. Die Klage wurde in beiden Instanzen gutgeheissen.

Motive: Appellant erhebt gegen die Forderung in erster Linie die Einrede, dass das Indossement auf dem Wechsel lautend Georg Brüllmann, nicht von ihm selbst, sondern von seiner Ehefrau herrühre. Für diese Behauptung sprechen verschiedene Anhaltspunkte, allein das Obergericht erachtet es nicht als nothwendig, diesfalls ein Beweisverfahren anzuordnen, da nach seiner Ansicht der Ehemann wechselrechtlich verpflichtet ist, auch wenn seine Ehefrau die Unterschrift hingesetzt haben sollte. Er kann nicht in Abrede stellen, dass er bald nach der Unterzeichnung Kenntniss von dem Akt erhielt und muss zugeben, dass er es unterlassen habe, die Wirkung des Aktes aufzuheben, die Ehefrau zu desavouiren und den Schaden möglichst zu vermeiden. Nach Art. 61 O.-R. haftet derjenige, welcher die häusliche Beaufsichtigung über eine Person zu führen hat, für den von ihr verursachten Schaden, sofern er nicht darzuthun weiss, dass er das durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe. Wegen des Zuwartens und der Unterlassung der Desavouirung ist der an sich ungültige Rechtsakt durch stillschweigende Ratihabition zu einem gültigen geworden. — Die zweite Einrede der Theilung der Schuld erweist sich im Hinblick auf die wechselrechtlichen Grundsätze (Art. 808 O.-R.) als unbegründet.

29. *Bundesgesetz über Civilstand und Ehe. Sind Einsprachen gegen den Eheabschluss auch nach Ablauf der zehntägigen Frist des Art. 34 vom Richter zu berücksichtigen, wenn ein von Amtswegen geltend zu machender Nichtigkeitsgrund vorliegt? Einspruchsrecht der Gemeindebehörden. Blödsinn als Ehehinderniss. Art. 28 Ziff. 3, 34, 51.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichtes vom 30. November 1885 i. S. J. B. Wyler c. Waisenamt Frauenfeld.

Die wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft stehende Barbara Wyler verlobte sich mit dem Appellanten. Die Verkündung erfolgte am 14. März 1885. Am 13. April erhob das Waisenamt Frauenfeld gestützt auf Art. 28 Ziff. 3 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe Einsprache gegen den Eheabschluss. Der Appellant erhob die Einrede, die Einsprache sei verspätet und materiell behauptete er, sie sei unbegründet.

Die erste Instanz liess zuerst eine Untersuchung der Geistesbeschaffenheit der B. Wyler durch das Physikat Frauenfeld vornehmen und schützte dann die Einsprache. Allerdings habe Appellat die in Art. 34 des Civilstandsgesetzes aufgeführte Frist nicht inne gehalten, allein es komme in Betracht, dass der von dem Appellaten geltend gemachte Einsprachsgrund zugleich ein Nichtigkeitsgrund gegen eine abgeschlossene Ehe bilde, der von Amteswegen zur Geltung gebracht werden müsste. Offenbar liege es nicht im Sinne des Gesetzes, dass wegen Verspätung der Einsprache die Ehe zum Abschluss kommen und nachher doch nichtig erklärt werden solle; es müsse vielmehr die vom Waisenamt erhobene Einsprache auf ihre Begründetheit geprüft werden. Allerdings sei es auch Sache des Civilstandsamtes, den Eheabschluss beim Zutreffen des Art. 28 Ziff. 3 des Civilstandsgesetzes zu verhindern; allein das schliesse nicht aus, dass eine andere Behörde in Fällen bestehender Vormundschaft einschreite. Materiell sei erstellt, dass B. Wyler zwar nicht an vollständiger Stupidität leide, welche jedes bewusste und überlegte Handeln ausschliesse, wohl aber an derartiger geistiger Beschränktheit, dass ihr das Verständniss für die Bedeutung der Eheabschliessung abgehe und sie auch nicht im Stande sei, die Pflichten einer Hausfrau ordentlich zu erfüllen. — Die Appellation des Verlobten wurde abgewiesen.

Motive: Der Appellant stellt der Einsprache, welche das Waisenamt Frauenfeld gegen seine Verehelichung mit der bevormundeten B. Wyler wegen Geisteskrankheit und Blödsinn der Letzteren erhebt, in erster Linie die Einrede

der mangelnden Aktivlegitimation entgegen, indem er behauptet, dass nur der Regierungsrath oder die Staatsanwaltschaft einsprachsberechtigt wären. Es ist dies jedoch unrichtig. Das Bundesgericht hat sich (A. S. d. b.-g. Entsch. V, 259; Handbuch für die schweiz. Civilstandsbeamten N° 133) in dieser Frage folgendermassen ausgesprochen. (Folgt Citat.) Im Handbuch für schweiz. Civilstandsbeamte N° 167 ist ausdrücklich vorgesehen, dass in Fällen der Geisteskrankheit oder des Blödsinns eines der Verlobten auch den Gemeindebehörden der Heimats- oder Wohnortsgemeinde das Einsprachsrecht zustehe. Im speziellen Falle ist dem thurgauischen Regierungsrathe von der Sachlage Kenntniss gegeben worden und hat derselbe unterm 16. Mai 1885 Weisung gegeben, die Trauung der B. W. zu verschieben, bis das Gericht über die Einsprache entschieden habe; er hat also keine Veranlassung zum Einschreiten gefunden, weil das Waisenamt, welches zunächst verpflichtet und berechtigt ist, die Interessen Bevormundeter zu wahren, bereits seine Massnahmen getroffen hat.

Materiell wird bestritten, dass bei der B. W. der Einsprachsgrund der Geisteskrankheit und des Blödsinns zutreffe. Wie sich das Bundesgericht (ibid. p. 260) ausgesprochen hat, gehört zu einer giltigen Ehe nach unserem Gesetze die freie Einwilligung der Brautleute und folgt daraus, dass jedenfalls ein solcher Grad von Blödsinn eines Nupturienten, welcher das Verständniss für das Wesen der Ehe und den freien Willen ausschliesst, denselben zur Eingehung einer Ehe unfähig macht. Bei Geisteskranken und Blödsinnigen bildet der Mangel der Willensfreiheit das Ehehinderniss. Nun wurde die B. W. wegen Geisteskrankheit unter Vormundschaft gestellt. Nach dem Gutachten des Gerichtsarztes leidet sie an angebornem Schwachsinn mittleren Grades. Ihr Gesichtsausdruck und ihre Kopfbildung deuten auf sehr geringe geistige Fähigkeiten, ihr Benehmen hat etwas Unreifes und Kindisches und so ist auch ihr Auffassungsvermögen und ihre Urtheilsfähigkeit. Ihre geistigen Fähigkeiten setzen sie nicht in den Stand, einer Haushaltung vorzustehen, und der Arzt bezeichnet das Eingehen der Ehe als ein Unglück für sie und allfällige Nachkommen. Bei dieser Sachlage kann nicht daran gezweifelt werden, dass bei der Appellantin der gesetzliche Eheeinsprachsgrund des Blödsinns zutrifft, und ist im öffentlichen Interesse die Einsprache zu schützen.

30. *Firmaschutz. Die Verwendung des Zusatzes „vormals in Firma N. N.“ ist nicht als unbefugter Gebrauch einer Firma zu betrachten, wenn nach den besondern Verhältnissen des konkreten Falles in dem Zusatz nicht die Anzeige eines Nachfolgeverhältnisses, sondern lediglich der Hinweis auf die frühere Stellung des Inhabers zu finden ist. Vgl. II, N° 49.*

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichtes vom 28. August 1885 i. S. C. Mandrino c. W. Schwarzenbach.

Seit Anfang der 1870er Jahre bestand in Zürich unter der Firma „Mandrino & Cie.“ eine Collectivgesellschaft zum Betrieb eines Cementgeschäftes. Theilhaber der Firma waren seit 1879 Carl Mandrino, W. Schwarzenbach (die heutigen Litiganten) und Baptist Ferrazzini. Die Unterschrift und das Recht der Geschäftsführung hatte ausschliesslich Schwarzenbach. Derselbe war auch am Geschäft ökonomisch am stärksten betheiligt, ferner war der Geschäftsbetrieb, sowie das Bureau in Zürich auf Immobilien des Schwarzenbach etabliert, welche dieser der Societät vermiethete. Am 3. Mai 1885 löste sich die Gesellschaft auf. Schwarzenbach übernahm den grössten Theil des Geschäftes, nämlich das Etablissement und Waarenlager in Zürich nebst Filiale in Zofingen, sowie die Mehrzahl der Guthaben, während die Filiale in Romanshorn an Mandrino übergieng. Mandrino gründete nun in Aussersihl ein neues selbstständiges Cementbaugeschäft. Dem Publikum gab er hievon in einem Circular Kenntniss, welches er demjenigen der alten Firma, worin diese ihre Auflösung anzeigte, unter Bezugnahme hierauf folgen liess. Der Briefkopf dieses Circulares trägt an der Spitze die Firma-Bezeichnung „C. Mandrino, Aussersihl-Zürich“, und sodann folgt eine Ankündigung der ausgebotenen Waaren und Arbeiten; hierin und zwar auch bezüglich der äussern Anordnung ist derselbe den Briefköpfen der alten Firma nachgebildet. C. Mandrino weist ferner zu seiner Empfehlung namentlich auf seine „langjährige Praxis“ hin.

Im Mai 1885 etablierte dann auch Werner Schwarzenbach in Zürich ein Cementbaugeschäft auf Grund der von der erloschenen Firma Mandrino & Cie. übernommenen Anstalten und Vorräthe, und zwar unter der Firma „W. Schwarzenbach“. In dieses neue Geschäft trat auch B. Ferrazzini, bisheriger Associé in der alten Firma, ein, und im weitern wurde in demselben der langjährige Buchhalter der letztern, J. Walser, angestellt und zwar mit Procura.

W. Schwarzenbach erliess zur Bekanntmachung seiner Etablierung ebenfalls im Mai 1885 ein Circular. Darin nimmt

er, ähnlich wie Mandrino, Bezug auf die Auflösung der Firma Mandrino & Cie. und bemerkt, dass er, unter Uebernahme deren gesammten Lager in Zürich und Zofingen das Cementbaugeschäft in bisheriger Weise fortführe, ersucht sodann endlich, das der frühern Firma geschenkte Zutrauen und Wohlwollen auch ihm ferner bewahren zu wollen. Der Briefkopf des Circulars ist ähnlich wie der des C. Mandrino demjenigen der alten Firma nachgebildet; die an die Spitze gestellte Firmabezeichnung lautet: **W. Schwarzenbach,** Cementbaugeschäft (vormals in Firma Mandrino & Cie.), Zürich. — In ähnlicher Form unterzeichnet sich der Beklagte in Zeitungsannoncen.

Das Begehren des Klägers, dass dem Beklagten untersagt werde, sich beim Gebrauche seiner Firma des Zusatzes „vormals in Firma Mandrino & Cie." zu bedienen, wurde vom Handelsgerichte im Wesentlichen aus folgenden Gründen abgewiesen.

Motive: Der zur Begründung der Klage angerufene Art. 876, Abs. 2 O.-R. knüpft den Anspruch auf Unterlassung der weitern Führung einer Firma an zwei Voraussetzungen, erstens, dass der beanstandete Gebrauch einer Firma ein unbefugter, und zweitens, dass der Kläger in Folge dessen beeinträchtigt werde, und es frägt sich, ob diese Erfordernisse bei dem den Gegenstand der Klage bildenden Zusatz zur beklagtischen Firma zutreffen.

Betrachtet man den Zusatz lediglich nach seinem sprachlichen Sinn, so enthält derselbe nichts anderes, als die Anzeige, dass der Beklagte vormals Theilhaber der Firma Mandrino & Cie. gewesen sei, und es ist diese Bedeutung so klar und offensichtlich, dass eine andere Auffassung als unmöglich erscheint. Weiter aber frägt es sich, ob nicht die Schreibweise des streitigen Zusatzes in Verbindung mit den begleitenden Umständen geeignet sei, eine andere Auffassung desselben wachzurufen; denn als die Bedeutung einer Firmabezeichnung ist richtiger Weise, dem Verkehrscharakter der Firma gemäss, diejenige massgebend, welche dieselbe für das öffentliche Verständniss hat, mit a. W. der Sinn, den das Publikum aus derselben lesen wird. Der Kläger macht geltend, dass die Art und Weise, wie im streitigen Zusatz der Name der Firma „Mandrino & Cie." gegenüber den vorgesetzten Worten „vormals in" durch Fettdruck hervorgehoben sei, in Verbindung mit der in's Circular gebrachten Darstellung, als habe Beklagter das gesammte Lager, resp. das Cementbaugeschäft der erloschenen Firma Mandrino & Cie. übernommen, bei dem Publikum, das in solchen Dingen oberflächlich sei, die Auf-

fassung bewirke, der Beklagte sei der Nachfolger dieser Firma. Diesem Vorbringen des Klägers kann jedoch nicht beigestimmt werden. Das beanstandete Circular enthält keine unwahren Angaben und es kann auch nicht gerade die Tendenz darin gefunden werden, sich als den Nachfolger der alten Geschäftsinhaber darzustellen; die darin erwähnten, mit dem Untergang der alten Firma verknüpften und für das Publikum Interesse bietenden Thatsachen sind in richtiger Weise dargestellt, und wenn dabei verschwiegen ist, dass C. Mandrino sich ebenfalls mit Uebernahme eines Theiles der Activen der alten Firma neu etablirt habe, so kann darin um so weniger eine Entstellung des Sachverhaltes erblickt werden, als C. Mandrino letzteres dem Publikum gleichzeitig durch ein besonderes Circular anzeigte. Aus jenem Circular für sich kann also der vom Kläger behauptete Effekt noch nicht gefolgert werden, ebenso wenig wird derselbe aber erreicht durch den angefochtenen Zusatz in Verbindung mit dem Circular. Es ist zwar vollkommen richtig und vom diesseitigen Gericht in seinem Urtheil vom 8. Februar 1884 in Sachen Hefti und Fehr c. Lienhard-Städeli (Revue II, Nr. 49) festgestellt worden, dass der Ausdruck „vormals in Firma N. N.“, wenn er in öffentlichen Ankündigungen gebraucht wird, die Gefahr des vom Kläger genannten Missverständnisses unter gewissen Umständen allerdings mit sich bringen kann; im citirten Falle wurde jene missverständliche Deutung sogar als wahrscheinlich erklärt, mit Rücksicht darauf, dass das mit dem dort in Frage stehenden Geschäft, einer Detailhandlung für Nähfaden und Knöpfe, vorzugsweise in Verkehr tretende Publikum in fraglicher Beziehung sehr wenig Urtheilsvermögen und Aufmerksamkeit zu haben pflege. Damit ist zugleich gesagt, dass die Bedeutung jenes Zusatzes durchaus nicht abstract und allgemein beurtheilt werden darf, sondern mitbedingt ist durch die besondern Verhältnisse des concreten Falles, welche dabei wohl zu berücksichtigen sind. Es kann nun nicht gesagt werden, dass jene Gefahr auch in dem hier zu entscheidenden Falle in erheblichem Masse vorhanden sei; denn nicht bloss war hier das thatsächliche Verhältniss durch die beiden selbstständigen Circulare der heutigen Litiganten völlig klargestellt, sondern es darf auch ohne dies unbedenklich angenommen werden, dass dasjenige Publikum, welches vorzugweise die Kundsame eines Cementbaugeschäftes bildet, wohl hauptsächlich die Inhaber und Erwerber baulicher Anstalten, in der Regel vollkommen ausreichendes Unterscheidungsvermögen besitzt, um den an sich ganz klaren Zusatz zur

Firmabezeichnung seiner sprachlichen Bedeutung entsprechend richtig aufzufassen, und ausserdem kommt Geschäftsabschlüssen in dieser Branche wohl regelmässig solche Bedeutung zu, dass der Wahl des Etablissements einige Aufmerksamkeit zugewendet wird. — Das Gericht hat somit davon auszugehen, dass im streitigen Zusatze nicht die Anzeige eines Nachfolgeverhältnisses enthalten sei, sondern lediglich der Hinweis darauf, dass der Beklagte Theilhaber der ehemaligen Firma Mandrino & Cie. gewesen sei.

Ist nun die Verwendung dieses Zusatzes als „unbefugter Gebrauch einer Firma" im Sinne des Art. 876 O.-R. zu betrachten? — Grundsatz des Gesetzes ist derjenige der Firmenwahrheit, die Firma selbst darf bei einem Einzelkaufmann keinen andern Personennamen als denjenigen des Inhabers derselben enthalten. (Art. 867, siehe auch 871 und 872.) Die angefochtene Bezeichnung bildet aber nicht die Firma selbst, sondern nur einen Zusatz zu derselben. Nach Art. 867, Abs. 2 ist es gestattet, der Firma solche Zusätze beizufügen, welche zu einer nähern Bezeichnung der Person oder des Geschäftes dienen. Diese Natur kommt nun dem streitigen Zusatz zu, derselbe giebt an, der Firmainhaber sei früher Associe von Mandrino & Cie. gewesen, diese Anzeige ist einerseits wahr und anderseits entspringt sie offenbar dem Willen, die Person des Firmainhabers zu bezeichnen, es entspricht daher der Zusatz dem Erforderniss des Gesetzes. Mit dem Zusatz wird offenbar die Absicht verfolgt, sich den Geschäftskredit (das Rénommée) der erloschenen Firma zu Nutzen zu machen; es ist aber nicht einzusehen, dass hierin etwas Illoyales liege; denn es ist dem Gefühl der Billigkeit nicht zuwider, wenn der bisherige Theilhaber eines Geschäftes, sobald er nach dem Untergang dieses letztern sich selbstständig etablirt, auf seine frühere Stellung hinweist, um das Vertrauen des Geschäftspublikums zu gewinnen. Letzteres leidet hieran in keiner Weise, die alte Firma aber besteht nicht mehr, und es kann sich nur fragen, ob andere ehemalige Theilhaber derselben „beeinträchtigt" werden. Dies wäre lediglich dann anzunehmen, wenn jene einen, sei es durch Rechtssatz anerkannten, sei es aus dem natürlichen Billigkeitsgefühl folgenden Anspruch darauf hätten, dass nach dem Untergang der Firma die Verhältnisse derselben bezüglich der Personen der Inhaber nicht mehr öffentlich erwähnt werden; denn offenbar ginge es nicht an, dem Andern jene Erwähnung zu verbieten, sie aber für sich zu gebrauchen. Jener Anspruch auf Stillschweigen kann aber schon desshalb nicht angenommen wer-

den, weil er keinen vernünftigen Grund hätte, und derselbe stände weiterhin im Widerspruch mit dem Rechte eines Jeden, wahre Thatsachen zur öffentlichen Kenntniss zu bringen, welches Recht jedenfalls hier durch kein Verbot beschränkt ist. Es trifft demnach auch das zweite nach Art. 876 für die Gutheissung der Klage erforderliche Requisit nicht zu, so dass der Kläger abzuweisen ist.

---

31. *Loi fédérale sur l'état civil et le mariage. Art. 56. Demande mutuelle en divorce: époux français domiciliés en Suisse; inadmissibilité.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 1er septembre 1885 dans la cause des époux Chazelas.

Motifs: Considérant que, quant aux mariages entre étrangers, aucune action en divorce ou en nullité ne peut être admise par les tribunaux suisses, s'il n'est établi que l'Etat dont les époux sont ressortissants reconnaîtra le jugement qui sera prononcé.

La convention entre la Suisse et la France sur la compétence judiciaire, des 3 juillet et 2 août 1869, dispense-t-elle les Français de cette preuve, comme le prétend la lettre susvisée de M. le consul de France à Genève?

En cas de réponse négative, est-il établi, dans le cas particulier, que la France reconnaîtrait la sentence prononçant le divorce qui pourrait être rendue par le Tribunal de céans entre les époux Chazelas?

Considérant qu'en Suisse comme en France, il est de principe que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les nationaux, même résidant en pays étranger;

Considérant que la convention franco-suisse de 1869, bien loin de déroger à ce principe, le confirme dans ses art. 5 et 10, en réglant en conformité deux espèces soumises par leur nature au statut personnel;

Que ce qui est prescrit pour ces deux cas n'est qu'un rappel de la règle générale;

Considérant que l'art. 11 dudit traité dispose que le tribunal suisse ou français devant lequel serait portée une demande qui, d'après ces articles, ne serait pas de sa compétence, devra d'office, et même en l'absence du défendeur, renvoyer les parties devant les juges qui en doivent connaître;

Considérant que cet article consacre à nouveau l'accord indiscutable des deux pays, de faire trancher les questions relatives au statut personnel de leurs sujets à l'étranger par leurs lois respectives en la matière; considérant que laisser l'application de ces lois personnelles à un juge étranger pouvait être la source de graves erreurs, qu'il était de l'intérêt des nationaux qu'elles fussent appliquées par les tribunaux de leur pays, la Suisse et la France décidèrent sagement que le juge étranger saisi d'une question de statut personnel renverrait d'office les parties devant le juge du pays dont elles sont ressortissantes;

Considérant que la demande en divorce de Chazelas tend à faire prononcer le Tribunal civil de Genève sur un des divers états qu'un citoyen français peut occuper dans sa nation; qu'il appartient aux lois personnelles de régler ces divers états; qu'en conséquence, les juges de céans doivent renvoyer sieur et dame Chazelas par-devant les juges français;

Considérant que l'art. 56 de la loi fédérale concernant le mariage, du 24 décembre 1874, vient à l'appui de cette interprétation;

Qu'en mettant en demeure des époux étrangers, demandeurs en divorce, de fournir la preuve que leur pays reconnaîtra le jugement suisse prononçant entre eux le divorce, d'après la loi suisse, le législateur ne leur réclame pas autre chose que d'établir que leur Etat renonce à se prévaloir de la règle généralement admise que „les lois concernant l'état des personnes régissent les nationaux, même résidant en pays étranger;"

Considérant que l'art. 56 renferme une mesure destinée à prévenir des perturbations dans les domaines de la famille, de la paternité, de la filiation et des successions;

Il ne veut pas qu'un jugement suisse, prononçant le divorce entre étrangers, venant à être méconnu par l'Etat dont ils sont ressortissants, ceux-ci soient divorcés en Suisse et mariés chez eux, puissent reconvoler chez nous et être bigames dans leur pays, donner le jour à des enfants ici légitimes, adultérins là-bas, et cette situation susciter, quant à leur régime matrimonial et lors de l'ouverture de leur hérédité, des conflits d'autant plus préjudiciables qu'ils seraient des plus ardus à éteindre;

Ce n'est donc pas l'impossible que la loi fédérale de 1874 impose par son art. 56; elle ne vise qu'au maintien de l'ordre public et moral; elle ne doit pas être l'objet d'une critique aveugle; elle a droit, au contraire, aux éloges et à la

reconnaissance de la société, à laquelle elle épargne chagrins et scandales;

Attendu que le certificat de coutume de M. le garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes français — attestant que le texte annexé des art. 229 à 311 inclus du Code civil, intitulé *Du divorce*, est exact et que ces articles sont actuellement en vigueur en France — ne constitue pas la preuve requise par la loi fédérale de 1874 concernant le mariage;

Que le Tribunal aurait considéré cette preuve comme acquise si, sur un exposé détaillé des faits par Chazelas, sur lesquels il base sa demande, faits qui sont de nature à causer le divorce en Suisse, le garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes, avait déclaré qu'en France de pareils faits étaient également une des causes de divorce prévues par la loi du 27 juillet 1884 et qu'une fois établis, ils entraîneraient le prononcé du divorce par les tribunaux français;

Attendu qu'il est toujours loisible aux époux français domiciliés en Suisse de former leur demande en divorce pardevant les tribunaux de leur pays;

Qu'aucune considération de domicile, dans cette question d'état, ne saurait empêcher les tribunaux français de juger leurs nationaux;

P. c. m., le Tribunal déclare inadmissible la demande introductive d'instance de Chazelas et le renvoie à mieux agir, dépens à sa charge.

---

32. *Loi fédérale sur les transports par chemins de fer. Art. 46. Dol. Condamnation des destinataires au complément de la taxe normale.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de commerce du 2 juillet 1885 dans la cause C^ie^ Suisse-Occidentale et Simplon c. X. & C^ie^.

La demanderesse réclame aux défendeurs la somme de 1498 fr. pour différences de taxes de transport, tandis que X. & C^ie^ concluent au déboutement de la C^ie^ S.-O. & S. avec dépens.

En fait, les défendeurs ont reçu 7 expéditions céréales dans les mois de juillet, septembre et octobre 1883; ces expéditions, provenance de Buda-Pesth, étaient faites à leur adresse, avec destination de transit, ce qui permettait l'emploi d'un tarif meilleur marché.

Il est constant que, pour l'usage de ce tarif, il faut que

les marchandises soient envoyées à Culoz et au delà, tandis que, pour les 7 envois dont s'agit, cette condition n'a pas été remplie.

La demanderesse articule formellement qu'en agissant ainsi, X. & C^ie^ ont commis un dol, et ceux-ci, pour résister à la réclamation qui leur est faite, invoquent les moyens suivants: *a)* les lettres de voiture ont été créées au nom des expéditeurs: ce sont donc eux qui sont responsables et non les défendeurs, simples intermédiaires; *b)* la S.-O. & S. est mal venue à réclamer la différence de tarif sur tout le transport, puisqu'elle n'en représente qu'une petite partie et que nul ne plaide par procureur; *c)* les marchandises ont été remises sans réserve, toutes réclamations sont donc forcloses.

I. Attendu qu'aux termes de l'art. 10 de la loi fédérale de 1875, l'expéditeur répond de l'exactitude des indications de la lettre de voiture et en supporte les conséquences; que, dans le cas spécial, il n'est nullement justifié que les expéditeurs des céréales dont s'agit aient, en les envoyant, commis des erreurs dans leurs indications; qu'il semble, au contraire, établi que les défendeurs, qui étaient les destinataires de ces marchandises, ont sciemment arrêté celles-ci avant leur arrivée à Culoz et au delà; que ce fait les rend bien responsables personnellement; qu'ils ne justifient point d'ordres spéciaux à eux donnés pour agir ainsi, et que la multiplication des cas où de pareils arrêts se sont produits semble militer fortement en faveur de l'affirmation de la S.-O. & S.: que X. & C^ie^ essayaient, par ce moyen détourné, de s'enrichir aux dépens du transporteur.

II. Attendu que c'est un principe admis par la loi fédérale déjà citée et reproduit par elle dans plusieurs de ses articles, que le contrat de transport forme un tout, une unité, et qu'il n'est point composé d'autant de petits contrats qu'il y a de compagnies sur les réseaux desquelles la marchandise doit voyager; que ce principe résulte, à l'évidence, de la lecture des art. 40 et 41 de la loi susrappelée, lesquels permettent au chemin de fer d'arrivée de faire valoir les droits de gage et de rétention des autres transporteurs qui l'ont précédé; que cela résulte également de l'art. 36, qui déclare que le chemin de fer, en mains de qui la marchandise est parvenue en dernier lieu, peut être actionné pour les accidents et fautes arrivés sur le parcours des autres lignes;

Attendu que cela est si vrai, dans le cas spécial, que les céréales ont voyagé, de Buda-Pesth à Genève, au moyen d'une seule lettre de voiture pour chaque expédition, et qu'on

ne saurait sérieusement soutenir que ce contrat unique en représente plusieurs;

Attendu, dès lors, que la Cie demanderesse est incontestablement dans son droit en réclamant le surplus de la taxe totale de transport qui serait due, suivant elle.

III. Attendu que, s'il est vrai que toutes réclamations sont éteintes de la part du chemin de fer, aux termes de l'art. 46 de la loi fédérale, lorsque les marchandises ont été livrées sans réserve et que le remboursement réclamé a été payé, il est fait cependant une exception importante à ce principe pour les demandes basées sur un cas de dol ou de faute grave;

Attendu que des faits susrappelés il résulte qu'en agissant comme ils ont cru pouvoir se le permettre, X. & Cie ont commis un véritable dol; que de tels procédés méritent au plus haut point d'être blâmés; que c'est en se basant sur de pareils moyens, réprouvés par la bonne foi la plus élémentaire, que les Cies de chemin de fer essaient de justifier la suppression des tarifs spéciaux internationaux, avantageux au commerce, et que, de même qu'il importe d'être très strict vis-à-vis des transporteurs lorsqu'ils n'accomplissent pas régulièrement leur mandat, de même aussi il est juste de l'être vis-à-vis de négociants qui, pour obtenir d'une façon indélicate quelques bénéfices, ne craignent pas de compromettre les avantages accordés à l'ensemble du commerce;

Attendu que, les diverses objections soulevées par X. & Cie étant écartées et la demande de la S.-O. & S. étant justifiée, une seule question reste à résoudre: Quelle est la somme due par les défendeurs?

Attendu que ces 7 expéditions ayant joui du tarif-transit alors qu'elles n'avaient droit qu'au tarif-Genève *loco*, la somme dont s'agit se compose de la différence entre ces deux tarifs;

Attendu que cette différence est de 2 fr. 14 c. par 100 kil., ce qui pour les 70,000 kil., montant total des 7 expéditions dont s'agit, fait bien la somme de 1498 fr. réclamée;

Attendu, en conséquence, qu'il y a lieu d'adjuger à la demanderesse ses conclusions, avec dépens . . . . .

33. *Uebergangsbestimmung bezüglich der Verjährung. Die Ergänzungsfrist von zwei Jahren ist auch dann gegeben, wenn die längere Verjährungsfrist des alten Rechtes vor ihrem Ablauf zu Ende geht. Art. 883 Satz 1 O.-R.*

**Zürich.** Entscheid der Appellationskammer des Obergerichtes vom 26. August 1885 i. S. R. Honegger c. J. Bachmann.

Ein Landwirth belangte seinen Nachbar auf Bezahlung einer Reihe kleinerer Weinlieferungen, die er demselben in den Jahren 1873 und 1874, sowie 1877 und 1878 gemacht hatte. Die Einleitung der Klage beim Friedensrichteramt erfolgte am 17. December 1884. Der Beklagte stellte die Einrede der Verjährung, weil es sich um eine Forderung aus Lieferung von Lebensmitteln handle und diese gemäss Art. 147 O.-R. schon mit dem Ablauf von 5 Jahren seit dem Beginn ihrer Fälligkeit untergegangen sei. — Die erste Instanz erklärte die Einrede für begründet hinsichtlich der Forderung aus den Weinlieferungen von 1873 und 1874, dagegen für unbegründet bezüglich derjenigen von 1877 und 1878. Sie sagte nämlich, unter Berufung auf die Ausführungen Hafner's in seinem Commentar zu Art. 883 O.-R., dass allerdings die Ansprüche auf den Lieferungen von 1877 und 1878 erst mit dem 31. December 1884 erloschen wären, weil die alte 10jährige Verjährungsfrist von §. 1064 des zürcher privatrechtlichen Gesetzbuches noch über diesen Zeitpunkt hinausgegangen wäre und desshalb hier die vollen 2 Jahre des Art. 883 vom 1. Januar 1883 an in Anrechnung gebracht werden müssen, dass dagegen die Ansprüche aus den Lieferungen von 1873 und 1874 mit dem vor Einleitung der Klage eingetretenen Ablauf der 10jährigen Verjährungsfrist untergegangen seien, weil, wenn man auch hier die vollen 2 Jahre des Art. 883 noch hinzunehmen würde, die Verjährungsfrist auf über 10 Jahre, also sogar auf eine längere Dauer ansteigen würde, als solche dem alten Gesetz bekannt gewesen sei, und nun doch gewiss nicht angenommen werden könne, dass der Gesetzgeber, welcher die Verjährungsfrist von 10 auf 5 Jahre verkürzt habe, ein solches Resultat habe herbeiführen wollen.

Die Appellationskammer verwarf indess die Einrede der Verjährung auch bezüglich der Ansprüche aus den Weinlieferungen der Jahre 1873 und 1874, davon ausgehend, dass die Verjährungsfrist auch hier noch bis zum 31. December 1884 gedauert habe.

Motive: Den Ausführungen des Commentators Hafner kann hierorts nicht beigetreten werden; denn nach dem klaren

Wortlaut des Art. 883 ist bei zeitlicher Collision des alten und des neuen Rechtes der ganze Zeitraum in Anrechnung zu bringen, welcher vor dem 1. Januar 1883 liegt, und es bedarf zudem in allen Fällen, wo nach Massgabe der nach dem frühern kantonalen Gesetze bestimmten Verjährungsdauer, die Vollendung erst nach dem 1. Januar 1883 eingetreten wäre, um letztere herbeizuführen, eines weitern Zeitraums von mindestens 2 Jahren seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts. Eine Beschränkung dieser vom Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit gebotenen Remedur gegen Inconvenienzen, welche die Neueinführung, bezw. Umgestaltung solcher Fristen mit sich bringt, auf diejenigen Fälle, wo eine unter dem frühern Recht begonnene Verjährung nach Massgabe des letztern zu ihrer Vollendung noch mindestens eines Zeitraumes von 2 Jahren über den 1. Januar 1883 hinaus bedurft hätte, findet sich in Art. 883 nicht ausgesprochen und kann dieser Gesetzesstelle auch nicht unterlegt werden, ohne dass dem Wortlaut derselben Zwang angethan würde. (Vergl. hierüber auch die Ausführungen in Schneider's Commentar 2 Aufl. und im Handbuch von Haberstich.) Der Gedanke, welcher der gegentheiligen Auffassung zu Grunde liegt, dass nämlich der Gesetzgeber mit der ausnahmsweisen Feststellung des genannten Principes weiter gegangen sei, als es die Rücksicht auf Termine des frühern Gesetzes erheischt hätte, mag richtig sein, indem damit in der That die Vollendung der Verjährung selbst über das Mass der Frist, welches beim Beginn Geltung hatte, hinausgeschoben werden kann; allein diese Ueberzeugung berechtigt nicht dazu, an Stelle des einmal bestimmt und klar ins Gesetz niedergelegten Willens einen ganz andern, wenn vielleicht auch rationellern, zu substituiren.

---

34. *Traité franco-suisse du 15 juin 1869. Action personnelle et mobilière; défendeur français domicilié en France; incompétence; défense tardive, dépens compensés.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 19 septembre 1884 dans la cause Cavussin c. Déléaval.

Motifs: Considérant que Déléaval est citoyen français, domicilié en France; que l'action dirigée contre lui par Cavussin est une action personnelle et mobilière;

Que, bien que l'exception d'incompétence à raison du domicile du défendeur ait toujours été considérée comme une

exception d'incompétence *ratione personæ* et, par conséquent, comme devant, aux termes de l'art. 65 loi de procéd., être soulevée d'entrée de cause, il a été jugé (Desbiolles c. Mugnier et Cie du gaz, 27 décembre 1878. Voir *Semaine judiciaire*, 1879, p. 9.), que le traité franco-suisse du 15 juin 1869 a apporté, en faveur des Français une dérogation à l'art. 65 loi de procéd., en ce sens que l'exception d'incompétence tirée par eux de leur extranéité, dans les cas prévus au susdit traité, doit être considérée comme absolue et peut, dès lors, être proposée par eux en tout état de cause, alors même qu'elle n'est en réalité qu'à raison de leur personne;

Attendu qu'il suit de là que le Tribunal doit se déclarer incompétent, mais qu'il y a lieu de compenser les dépens entre les parties, en ayant égard au fait que Déléaval n'a soulevé cette exception qu'après avoir pris connaissance des conclusions de l'expert, qui lui étaient défavorables . . .

35. *Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche, vom 27. April 1876, Art. 1. Gleichstellung der Angehörigen beider Vertragsstaaten bezüglich Person und Eigenthum.*

**Zürich.** Entscheid des Cassationsgerichtes vom 9. September 1885, i. S. Friedr. Götz c. Anna Gujer.

F. G. beschwerte sich beim Cassationsgericht darüber, seine Rechte als deutscher Staatsangehöriger seien in dem von der A. G. gegen ihn durchgeführten Vaterschaftsprocesse von den Zürcher Gerichten dadurch verletzt worden, dass dieselben gegen ihn § 300 Satz 1 des privatrechtlichen Gesetzbuches und § 520 des Gesetzes betr. die zürcherische Rechtspflege zur Anwendung gebracht haben. Er berief sich dafür auf Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche, vom 27. April 1876 (A. S. N. F. Bd. II, S. 567 ff.), welcher bestimmt, die Deutschen seien in jedem Kantone der Eidgenossenschaft in Bezug auf Person und Eigenthum auf dem nämlichen Fusse zu behandeln, wie es die Angehörigen der andern Kantone seien oder noch werden sollten. Die angefochtenen Bestimmungen des zürcherischen Rechtes lauten folgendermassen: § 300 Satz 1 des Priv.-Ges.-B., welcher handelt von der Klage der ausserehelich Geschwängerten gegen den Vater des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft, Unterhaltungsbeiträge u. s w.

(Vaterschaftsklage): „Ist der Beklagte ein Ausländer, so ist das Gericht berechtigt, im Interesse der Mutter und des Kindes auch während des Processes genügende Caution (sc. für die civilrechtlichen Ansprüche der Klägerin) von ihm zu verlangen, nöthigenfalls seine Effecten und Vermögen mit Beschlag zu belegen." — § 520 des Rechtspflegegesetzes: „Bei Klagen (sc. betr. Vaterschaft) gegen Ausländer soll das Gericht dem Begehren um Cautionsleistung im Interesse der Mutter und des Kindes (§ 300 des priv.-Ges.-B.) nach Einreichung der Weisung in der Regel sofort entsprechen. Zu dem Ende wird dem Beklagten durch den Gerichtspräsidenten aufgegeben, für die Processkosten und Processentschädigung und den muthmasslichen Betrag der Leistungen, die ihm bei Gutheissung der Klage für Mutter und Kind auferlegt werden könnten, genügende Caution zu leisten. Wird der Auflage keine Folge geleistet oder ist schon bei Anbringung des Gesuches die Gefahr des Verzuges bescheinigt, so ist, nöthigenfalls durch Requisition des Gerichtes, in dessen Kreis die Arrestobjecte liegen, auf Effecten und Vermögen des Beklagten Beschlag zu legen."

Das Cassationsgericht sprach sich, unter Wahrung der nach Art. 113 der Bundesverfassung und Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege dem Bundesgericht zukommenden Competenz zum endgültigen Entscheid über die vorwürfige Frage, dahin aus, die Anwendung der genannten zürcherischen Gesetzesbestimmungen enthalte nicht den Cassationsgrund eines „offenbaren Widerspruches" mit dem in Art. 1 des Staatsvertrages niedergelegten Rechtssatze.

Motive: Der Staatsvertrag verlangt nicht, dass die deutschen Reichsangehörigen in allen Beziehungen wie die Schweizerbürger behandelt werden, sondern schreibt nur vor, dass letzteres in Bezug auf Person und Eigenthum geschehe; mit andern Worten: den Deutschen ist gestattet, in der Schweiz Eigenthum zu erwerben, solches zu veräussern etc., und es ist ihnen für ihre Person und ihr Eigenthum der nämliche Rechtsschutz wie den Angehörigen eines andern Kantons zugesichert. Den weitergehenden Sinn aber hat diese Vertragsbestimmung nicht, dass z. B. ein Deutscher, welcher vor einem schweizerischen Gericht als Kläger auftritt, nur dann zur Leistung einer Processcaution angehalten werden könne, wenn nach den Gesetzen des betr. Kantons die Angehörigen anderer Kantone in gleichen Fällen zur Cautionsleistung verpflichtet wären. Ebensowenig ist es den

Vertragsstaaten verboten, von einem Beklagten, welcher Ausländer ist, die Sicherstellung der gegen ihn eingeklagten Rechtsansprüche auf den Fall der Gutheissung der Klage zu verlangen, wenn die Gefahr vorhanden ist, dass, sofern die Realisirung der fraglichen Ansprüche im andern Vertragsstaate stattfinden müsste, die Rechtshülfe desselben nicht erhältlich wäre. Diese Gefahr ist in Bezug auf die Ansprüche aus Vaterschaft vorhanden, da verschiedene auswärtige Staaten die Paternitätsklage nicht zulassen und speciell in Deutschland in Bezug auf dieselbe particularrechtlich die grösste Mannigfaltigkeit herrscht. Wäre die vom Beschwerdesteller vertretene Ansicht richtig, so müsste § 292 des priv.-Ges.-B. („Ist die Klägerin eine Kantonsfremde, so ist ihrer Klage nur insoweit Rechnung zu tragen, als in deren Heimat hiesigen Kantonsbürgerinnen in ähnlichen Fällen Recht gehalten wird"), welcher bezüglich der Klageberechtigung der Angehörigen anderer Kantone durch Art. 60 der Bundesverfassung modificirt worden ist, consequenter Weise auch gegenüber Klägerinnen aus dem deutschen Reiche als unanwendbar erklärt werden; diesen Standpunkt haben aber die Gerichte bis jetzt nie eingenommen.

---

36. *Staatsvertrag mit Württemberg vom 12. December 1825 betr. Concursverhältnisse. Derselbe entscheidet nicht, welches örtliche Recht auf ein gewisses Rechtsverhältniss anzuwenden ist. — Die ehelichen Güterrechtsverhältnisse der im Canton Zürich domicilirten württembergischen Staatsangehörigen sind, vorbehältlich der Bestimmung des § 164 priv. G.-B., nach zürcherischem und nicht nach württembergischem Recht zu beurtheilen.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 9. Juni 1885 i. S. Frau Anna Chr. Irion geb. Hafa c. Notariatskanzlei für die Concursmasse Irion und Concursgläubiger.

Motive: In rechtlicher Beziehung ist zunächst zu untersuchen, unter welchem Güterrecht die Ehe der Eheleute Irion seit ihrer Niederlassung in Zürich und im Besondern zur Zeit des Concursausbruches über den Ehemann gestanden habe, ob, wie die Ansprecherin behauptet, unter demjenigen des Cantons Zürich oder, wie die Einsprecher geltend machen, unter demjenigen des Königreichs Württemberg, als dem Heimatsrecht.

Die Ansprecherin hat dafür, dass bei der Würdigung ihrer Deckungsansprüche die Bestimmungen des hiesigen privatrechtlichen Gesetzbuches betreffend das Güterrecht der Ehegatten Anwendung zu finden haben, auf den Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Württemberg vom 12. December 1825 betr. Concursverhältnisse (Officielle Sammlg. II, S. 136) abgestellt, welcher verlangt, dass so oft im einen oder andern der beiden genannten Staaten ein Concurs ausbreche, die je dem andern Staate angehörigen Gläubiger den einheimischen gleich behandelt werden, allein es ist dieser Vertrag nicht geeignet, die Ausführungen der Ansprecherin zu unterstützen. Derselbe stellt wesentlich zwei Rechtsregeln für die Behandlung von Concursen im Gebiete der beiden vertragsschliessenden Staaten auf:

I. dass der Gerichtsstand des am Wohnorte des Gemeinschuldners zu eröffnenden Concurses ein allgemeiner sei, d. h. für alles Vermögen des Gemeinschuldners gelten solle, also auch für solches, welches im Gebiete des andern Staates als demjenigen, in welchem der Concurs eröffnet worden ist, liege, vorbehältlich nur der Fälle, in welchen an solchem auswärts liegenden Vermögen Pfandrechte angesprochen werden;

II. dass Gläubiger, welche dem andern Staate angehören, nicht um ihrer Eigenschaft als Landesfremder willen mit ihren Ansprüchen an die Concursmasse weniger Schutz finden sollen als die Angehörigen des Staates, in welchem der Concurs durchgeführt wird, welcher Grundsatz nun in ganz Deutschland gegenüber allen andern Staaten durch § 4 der Reichsconcursordnung für die Geltendmachung von Ansprüchen ausländischer Gläubiger im Concurse inländischer Schuldner Ausdruck gefunden hat.

Es ist bezüglich des Vertrages mit Württemberg das Nämliche zu sagen, was das Cassationsgericht im Entscheide in Sachen der Frau Levinger gegen Levinger'sche Gläubiger (abgedruckt in den Blättern für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. III, S. 113) vom 15. März 1884 bezüglich der fast wörtlich gleich lautenden Vorschriften des ältern Vertrages zwischen der Schweiz und dem Grossherzogthum Baden vom 7. Juli 1808 (Offic. Sammlg. I, S. 390) ausgeführt hat, dass nämlich keineswegs beabsichtigt gewesen sei, für derartige Concursfälle die Anwendung derjenigen allgemeinen Regeln auszuschliessen, welche beim Conflict zwischen den Gesetzen mehrerer Staaten darüber entscheiden, welches örtliche Recht auf ein

gewisses Rechtsverhältniss anzuwenden sei, vielmehr die Vorschrift, dass ausländische Gläubiger den einheimischen gleich behandelt werden, wie oben bemerkt, nur verhindern will, dass Erstere in ihrer Eigenschaft als Fremde nach andern, besonders ungünstigeren Grundsätzen behandelt werden als die Letzteren.

Dagegen erscheint unzweifelhaft nach § 1 des zürcher. privatrechtl. Gesetzbuches die Anwendung des hiesigen ehelichen Güterrechtes auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Eheleute Irion als geboten, sofern nicht nachgewiesen werden kann, entweder, dass die genannten Eheleute von der ihnen durch das Gesetz gegebenen Möglichkeit, diese Beziehungen durch Vertrag anders zu bestimmen, in gültiger Weise Gebrauch gemacht haben oder dass die in § 1 des privatrechtl. Gesetzbuches vorgesehene Voraussetzung der Anwendung eines fremden, im Besondern hier des württembergischen Rechtes vorhanden sei, nämlich dass die eigenthümliche Natur des besondern Rechtsverhältnisses dies verlange.

Was vorerst die Frage anbelangt, ob die Eheleute Irion ihre vermögensrechtlichen Beziehungen unter die Herrschaft eines fremden, insbesondere des württembergischen Rechtes auch für die Dauer ihrer Niederlassung im hiesigen Canton gestellt haben, so steht allerdings fest, dass dieselben s. Z. bei Eingehung der Ehe sich ausdrücklich dahin verständigt haben, es solle diese Ehe vom württembergischen, als dem Heimatrecht beherrscht sein, demgemäss zwischen ihnen die Errungenschaftsgemeinschaft bestehen; es ergiebt sich dies aus dem Zubringensinventar vom 29. August 1862 und dem beigesetzten Ehevertrag vom 17. Juli 1862, und nichts liegt dafür vor, dass dieses Uebereinkommen später ausdrücklich aufgehoben und etwas davon Abweichendes vereinbart worden sei. Allein die Thatsache des Vertrages allein genügt nicht, um anzunehmen, dass das durch denselben bestimmte güterrechtliche Verhältniss zwischen den Eheleuten Irion auch nach deren Uebersiedlung in den hiesigen Canton fortgeführt wurde. Damit der blosse Vertrag diese Wirkung theils für die Eheleute unter sich, theils dritten Personen gegenüber gehabt hätte, wäre erforderlich gewesen, dass derselbe gemäss § 164 u. folg. des privatrechtlichen Gesetzbuches gerichtlich genehmigt und zu öffentlicher Kenntniss gebracht worden wäre, und die Einsprecher behaupten selbst nicht, dass diesem gesetzlichen Erforderniss ein Genüge geschehen sei.

Wenn die Einsprecher sich darauf berufen, dass nach

einer allgemein bekannten, von den hiesigen Gerichten acceptierten Rechtsanschauung, welche namentlich in den Entscheiden des Cassationsgerichtes in Sachen Wittwe Kopf gegen Kinder Kopf vom 14. August 1882 und Frau Levinger c. Levinger'sche Gläubiger vom 15. März 1884 Ausdruck gefunden habe, davon auszugehen sei, dass die Eheleute Irion, nachdem sie unter der Herrschaft ihres heimatlichen, württembergischen Rechtes die Ehe abgeschlossen und ihre güterrechtlichen Beziehungen begründet haben, auch nach der Uebersiedlung in den hiesigen Canton unter der Herrschaft dieses Güterrechtes geblieben seien, ohne dass hiefür die Beobachtung gewisser Förmlichkeiten nothwendig gewesen sei, so kann diese Ausführung nicht als richtig angesehen werden. Jene beiden Entscheide — und andere sind nicht benannt worden — erörtern die Frage, ob Angehörige des Grossherzogthums Baden auch bei der Uebersiedlung ins Ausland wie ihre persönlichen Rechte so auch das eheliche Güterrecht beibehalten, und sie bejahen dieselbe wesentlich gestützt auf besondere Bestimmungen der badischen Gesetzgebung, welche diese fortdauernde Anwendung des Heimatsrechtes ausdrücklich vorschreiben, nun liegt es aber auf der Hand, dass es nicht angeht, jene Entscheide ohne Weiteres auch für Angehörige anderer Staaten massgebend sein zu lassen, so lange nicht nachgewiesen ist, dass die Gesetzgebung dieser Letztern ähnliche Bestimmungen enthält, wie die in jenen Entscheiden erwähnten des badischen Rechtes.

Endlich kann auch der Ansicht der Einsprecher, dass hier die Anwendung des württembergischen Rechtes durch § 3 unseres privatrechtlichen Gesetzbuches in Verbindung mit dem Bericht, welchen das württembergische Oberlandesgericht auf eine Einfrage des Concursrichters erstattet hat, als geboten erscheine, nicht beigetreten werden. Der § 3 des privatrechtlichen Gesetzbuches schreibt nicht etwa vor, dass Cantonsfremde, welche nach Abschluss einer Ehe in den hiesigen Canton übersiedeln, ohne Rücksicht darauf, welchem Staate sie nach der Heimat angehören, das früher bei Eingehung der Ehe begründete Güterrecht im hiesigen Canton beibehalten, sondern verlangt klar, dass zunächst auch für die Ehe von hier wohnenden Ausländern das hiesige Recht Anwendung finde, und lässt einen Ausschluss dieses nur dann zu, wenn das Heimatsrecht der betreffenden Ehegatten bestimmt, dass diese auch im Ausland, vorbehältlich abweichender Verträge, unter heimatlichem Güterrecht stehen sollen, sei es, dass sie als verehelicht aus der Heimat weggegangen sind oder dass,

sie sich im Ausland verehelicht haben. — Wie dem Commentar von Bluntschli zu § 3 des privatrechtlichen Gesetzbuches zu entnehmen ist, haben bei der Berathung dieser Gesetzesbestimmung durch die gesetzgebende Behörde s. Z. nur insofern verschiedene Ansichten bestanden, als gegenüber der erwähnten Rechtsregel diejenige, nach welcher in jedem Wechsel des Wohnortes auch das Güterrecht der betreffenden Ehegatten sich ändern soll, aufgestellt werden wollte, es hat dann aber die erstere den Sieg davon getragen.

Wenn es sich nun frägt, ob im Besondern das Recht von Württemberg verlange, dass Angehörige ihres Staates auch in dem Fall, als sie nach Eingehung einer Ehe ihren Wohnsitz ausser Landes verlegen oder sich nach erfolgter Niederlassung im Ausland verehelichen, ohne Weiteres vom heimatlichen Güterrecht beherrscht seien, so lässt sich diese Frage auf Grund der vorliegenden Acten und namentlich des Berichtes des württembergischen Oberlandesgerichtes nicht bejahen.

Genanntes Gericht hat allerdings die ihm vom Concursrichter vorgelegte Frage, ob nach dortigem Recht das eheliche Güterrecht von Ehegatten, welche württembergische Staatsangehörige sind, aber im Auslande sich niedergelassen haben, selbst im Ausland sich nach dem Recht der Heimat richte, insofern bejaht, als dasselbe bemerkt: Nach dortigem Recht bleibe das Güterrecht, welches solche Ehegatten zur Zeit der Eingehung der Ehe, sei es nach Gesetz oder Vertrag, gehabt haben, für sie in Kraft, wenn sie ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt haben, so lange nicht durch Vertrag etwas Abweichendes festgesetzt werde; das Gericht hat aber unterlassen, eine Bestimmung der dortigen Gesetzgebung anzuführen, welche den Grundsatz des Heimatsrechtes aufstellen würde, und die Ausführungen desselben zeigen auch deutlich, dass es seinen Bericht nicht desswegen im oben bezeichneten Sinne abgegeben hat, weil es annimmt, dieser Grundsatz des Heimatsrechtes gelte in Württemberg, und mit Rücksicht hierauf haben die Eheleute Irion auch seit ihrer Niederlassung im hiesigen Canton unter der Herrschaft des württembergischen Güterrechtes gestanden, sondern weil es von der thatsächlichen Voraussetzung ausgegangen ist und wesentliches Gewicht darauf gelegt hat, dass die betreffenden Ehegatten zur Zeit der Verehelichung in Württemberg gewohnt und erst später ihren Wohnsitz ins Ausland verlegt haben und weil dasselbe auf folgende zwei Rechtsregeln abstellt, welche in allen Staaten des deutschen Reiches, wo das gemeine Recht herrscht und

nicht durch Particularrecht etwas Abweichendes bestimmt ist, Geltung haben:

a. dass für die Regelung der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe die Gesetze des Wohnortes des Ehemannes zur Zeit der Eheschliessung (erstes Domicil der Ehe) massgebend sind (vergleiche von Roth, deutsches Privatrecht, Bd. I, Seite 289, und Bd. II, Seite 28, Stobbe, deutsches Privatrecht, Bd. I, Seite 240: Reichsoberhandelsgerichtliche Entscheide, Bd. 23, Seite 379);

b. dass ein späterer Domicilwechsel der Ehegatten ohne Einfluss bleibe auf deren eheliches Güterrecht (vergleiche von Roth, deutsches Privatrecht, Bd. I, Seite 242, Seufferts Archiv, Bd. XXXII, Nr. 103 u. 104, und Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. XXII, Seite 51).

Die Aufstellung der letztern Rechtsregel, die Annahme der sogenannten Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes haben die einen mit der Vertragsnatur des Eheabschlusses zu begründen gesucht, die andern damit, dass die gesetzliche Ordnung der Vermögensverhältnisse keine mindere Kraft haben könne, als wenn sie durch Vertrag erfolgt wäre; was man dabei besonders im Auge hatte, war offenbar die Vermeidung der vielen Schwierigkeiten, welche leicht mit der gegentheiligen Annahme begründet sein können, jedenfalls aber ist diese Rechtsregel ohne Gewicht bei Beantwortung der Frage, ob für das Güterrecht ausländischer Ehegatten das Recht der Heimat oder dasjenige des neuen Wohnsitzes massgebend sei, das unwandelbar festgestellte Güterrecht kann ja ein anderes sein als das heimatliche, wenn nämlich die Ehegatten beim Eheabschluss ausserhalb der Heimat des Ehemannes ihren Wohnsitz gehabt haben.

---

37. *Traité franco-suisse du 15 juin 1869. Art. 5. Succession. Obligation pour les héritiers du défunt français de renoncer en France.*

**Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 5 octobre 1885 dans la cause veuve Dürrmeier et Georget c. Brand et Georget.**

Vu ..... le jugement par défaut du 17 août 1885 et l'opposition qui y a été faite; .....

Attendu que les opposantes ont été assignées comme héritières de feu Philibert Georget; qu'elles contestent avoir cette qualité;

Attendu que le défunt était Français; qu'aux termes du traité franco-suisse de 1869, toutes les actions relatives à sa succession doivent être introduites devant le tribunal de son dernier domicile en France;

Attendu, dès lors, que c'est au greffe de ce tribunal seulement que, le cas échéant, les opposantes pourraient faire leur renonciation à ladite succession;

Attendu que, des faits indiqués en la cause, il résulte que, pour divers motifs, le lieu de ce dernier domicile n'a pas encore pu être fixé;

Vu les art. 795 et spécialement 798 C. civ.;

Attendu qu'en présence des explications données, et quoique la mort du *de cujus* remonte à une époque déjà assez éloignée, il convient d'accorder à dame Dürrmeier et à Dlle Georget un dernier délai pour qu'elles puissent accomplir les formalités de répudiation de succession qu'elles se déclarent décidées à faire; qu'il est d'autant plus équitable de procéder ainsi, qu'on ne saurait voir, dans les actes dont Brand fait état, l'acceptation expresse ou tacite de cette succession, prévue à l'art. 778 du même code;

Attendu, par conséquent, qu'il y a lieu de surseoir à statuer au fond pour le moment, dépens réservés en définitive.....

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts

(und des Bundesraths).

---

38. *Art. 27 Ziff. 4 B.-Ges. betreffend die Organisation der B.-Rechtspflege. Kann eine Civilstreitigkeit, welche von den kantonalen Gerichten durch Urtheil erledigt worden ist, im Einverständniss beider Parteien, unter Verzicht auf das kantonale Urtheil, an das Bundesgericht gebracht werden?*

G. hatte gegen den Kanton Tessin vor den kantonalen Gerichten eine Schadensersatzklage angestrengt. Nachdem er mit derselben abgewiesen worden, stellte er die gleiche Klage beim B.-Gericht gestützt auf Art. 27 Ziff. 4 des B.-Ges. über die Organisation der B.-Rechtspflege. Der Kanton Tessin erklärte, dass er auf die Einrede der abgeurtheilten Sache verzichte. Gleichwohl trat das B.-G. auf die Klage nicht ein, indem Kläger durch Anhängigmachung seiner Klage bei den kantonalen Gerichten auf die Anrufung des B.-G. verzichtet habe. (Entsch. v. 26. Dec. 1885 i. S. Ginella c. Tessin.)

---

39. *Art. 64 O.-R. Haftung des Staates für Vergehen und Versehen seiner Beamten. Inwiefern ist eine solche begründet, speziell bezüglich der Functionen im Hypothekarwesen?*

Der vom B.-Gericht wiederholt aufgestellte Satz, dass der Staat nur insofern für Versehen oder Vergehen seiner Beamten bei Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen civilrechtlich verantwortlich sei, als das kantonale Recht eine solche Haftung ausdrücklich ausspreche, gilt auch bezüglich des Hypothekarwesens. Denn das Hypothekarwesen gehört, wenn seine Verwaltung zu einem Zweige des öffentlichen Dienstes erhoben worden ist, zur freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es wird vom Staate nicht in privatrechtlicher Eigenschaft, als Fiscus, sondern in öffentlich-rechtlicher Stellung

besorgt. (Entsch. v. 15. Januar 1886 i. S. Kreditanstalt St. Gallen & Cons. c. Kanton Appenzell I.-Rh.)[1])

---

40. *Art. 582 und 611 O.-R. Umfang der Befugniss des Liquidators einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft; Streitigkeiten unter den Gesellschaftern als solchen.*

In der gesetzlichen Vollmacht des Liquidators einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 582 und 611 O.-R.) ist die Befugniss, in Prozessen unter den Gesellschaftern als solchen, über deren Rechte am Gesellschaftsvermögen, eine Partei zu vertreten, nicht enthalten. Der Liquidator ist gesetzlicher Vertreter der Gesellschaft, nicht der Gesellschafter. Streitigkeiten unter den letztern als solchen haben diese unter sich, nicht gegen den Liquidator, zum Austrage zu bringen. Dagegen steht nichts im Wege, dass der Liquidator durch besondere Ermächtigung der einzelnen betheiligten Gesellschafter bevollmächtigt werde, in einem solchen Streite die eine Partei zu vertreten. (Entsch. v. 23. Jan. 1886 i. S. Guhl c. A. Schmid & Cie.)[2])

---

41. *Art. 882 und 508 O.-R. Zeitliche Anwendung des O.-R. in Beziehung auf Bürgschaften.*

G. machte dem R. im Jahre 1882 ein Darleihen von Fr. 200,000, für welches sich B. verbürgte. Im Jahre 1883 trat R. dem G. acht Kommanditantheile an einer Gesellschaft L. & Cie. ab; allein die Abtretung wurde desshalb nicht perfect, weil nach dem Gesellschaftsvertrag zu derselben die schriftliche Bestätigung der Cession seitens L. & Cie. nöthig war und G. die Bedingungen, von welchen L. & Cie. diese Bestätigung abhängig machten, nicht eingieng. Von G. belangt stellte nun B. der Klage die Einrede entgegen, er

---

[1]) Vgl. Revue, Bd. III. S. 7 N° 8.

[2]) Das Thatsächliche dieses Falles war folgendes: G. war neben mehrern andern Personen Kommanditist und ausserdem auch Gläubiger der Firma A. Sch. & Cie. Er hatte nun erklärt, dass er auf seine Kommanditeinlage verzichte und aus der Gesellschaft austrete, wenn ihm sein Guthaben an genannte Firma bezahlt werde. Die übrigen Gesellschafter acceptirten diese Offerte und beschlossen gleichzeitig die Liquidation der Kommanditgesellschaft bezw. deren Umwandlung in eine Aktiengesellschaft. Nun trat G. von seinem Anerbieten zurück und bestritt, als er von A. Schmid als Liquidator von A. Schmid & Cie auf Anerkennung seines Austrittes aus der Gesellschaft bezw. des Verzichtes auf seine Kommanditeinlage belangt wurde, die Legitimation desselben.

sei gemäss Art. 508 O.-R. von der Bürgschaft entlastet, weil G. die ihm bestellten Sicherheiten fahrlässiger Weise aufgegeben habe. Das B.-Gericht erklärte den Art. 508 als nicht anwendbar, weil die Frage, ob und inwieweit der Kläger gegenüber dem Beklagten verpflichtet gewesen sei, sich vom Hauptschuldner Sicherheiten oder Deckungsmittel bestellen zu lassen, bezw. ob und welche Diligenz er zur Erlangung solcher Sicherheiten aufzuwenden gehabt habe, nur nach Massgabe des Vertrags vom 22. Febr. 1882 beurtheilt werden könne; es handle sich auch hier ausschliesslich um eine Frage der Vertragswirkung und daher um eine nach kantonalem, nicht nach dem erst am 1. Jänner 1883 in Kraft getretenen eidg. Rechte zu beurtheilende Rechtsfrage. (Entsch. v. 30. Jänner 1886 i. S. Geigy c. Burckhardt.)

---

42. *Markenschutzgesetz. Erwerb des Markenrechtes; objective Voraussetzungen; Buchstaben, Zahlen oder Worte in Verbindung mit figurativen Bestandtheilen als Marke.*

Fabrik- und Handelsmarken, welche zwar Buchstaben, Zahlen oder Worte enthalten, aber nicht ausschliesslich aus solchen bestehen, sondern aus Zahlen, Buchstaben oder Worten einerseits und figurativen Bestandtheilen anderseits zusammengesetzt sind, sind auch nach schweizerischem Gesetze zulässig und schutzfähig; jedenfalls dann, wenn die Zeichnung nicht bloss ein untergeordneter, nicht in die Augen fallender Zusatz (wie z. B. die Umfassungslinie einer Inschrift u. s. w.), sondern ein wesentlicher charakteristischer Bestandtheil derselben ist, welcher seine Eigenart mitbestimmt.[1]) (Entsch. v. 27. Novbr. 1885 i. S. Schärer & Cie. c. Tabakfabrik Solothurn.)

---

[1]) Vgl. Kohler, Markenschutzrecht S. 197 ff., bes. S. 201. Die Marke, um welche es sich im vorliegenden Falle handelte und welche gegen Nachahmung geschützt wurde, ist folgendermassen zusammengesetzt: In einer Zeichnung von Laubwerkverschlingungen finden sich oben die Worte „Leichter türkischer Tabak". Dieselben sind derart übereinander gestellt, dass das Wort „türkischer", in grösserer Buchstabenform ausgeführt, die Mitte einnimmt, während die in kleinerer Schrift ausgeführten Worte „leichter" und „Tabak" oben und unten in zwei mit der Laubwerkzeichnung sich verschlingenden Bändern bestehen. Unter diesen Worten ist, ebenfalls von einer Laubwerkzeichnung umgeben, eine Ellypse angebracht, welche in äusserer schwarzer Umrandung die Worte „W. Wüthrich-Hofmann in Kirchberg", in der Mitte diejenigen „Nachfolger Schärer & Cie. Koppigen" enthält. — Vgl. auch Revue Bd. III. S. 11 N° 11.

43. *Gerichtsstand der Eisenbahngesellschaften, nach Art. 8 Abs. 2 des B.-Gesetzes betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 25. Dezbr. 1872.*

Art. 8 Abs. 2 des genannten Bundesgesetzes, wonach die Eisenbahngesellschaften in jedem durch ihre Unternehmung berührten Kantone ein Domizil zu verzeigen haben, an welchem sie von den betreffenden Kantonseinwohnern belangt werden können, gilt ganz allgemein und nicht bloss für solche Klagen, welche aus Rechtsverhältnissen entspringen, die in dem betreffenden Kanton oder doch in der Eidgenossenschaft (durch Vertrag, Delict oder Gesetz) begründet wurden. (Entsch. v. 19. Febr. 1886 i. S. Hugoniot.)

---

44. *Eintragung ins Handelsregister. Art. 865 O.-R. Entscheide des Bundesraths. (Handelsamtsblatt IV, N° 24 vom 11. März 1886.)*

1) Durch den Geschäftsverkehr einer Käsereigenossenschaft nach Aussen entstehen nicht blos Forderungen zu Gunsten der Genossenschaft, sondern auch Forderungen an dieselbe, indem sie in den Fall kommen kann, sich kontraktlich zu gewissen Leistungen zu verpflichten. Es fällt auch in Betracht, dass die Genossenschaft von ihren Mitgliedern Kredit erhält und ihnen hinwieder solchen gewährt. Bei diesen Verhältnissen muss die Käserei als ein Gewerbe betrachtet werden, bei welchem kaufmännische Buchführung als nöthig erscheint, und das daher die Eintragung in das Handelsregister erfordert.

2) Eine in Liquidation befindliche Gesellschaft muss im Handelsregister eingetragen sein, da sie bis zur Vollendung der Liquidation, d. h. bis zu ihrer definitiven Auflösung, als solche bestehen bleibt. Der kaufmännische Charakter des Geschäftsbetriebes dauert auch im Liquidationsstadium fort; es entstehen für die Liquidationsmasse, bezw. für die liquidirenden Personen, auch wenn sie nicht mehr kaufen, sondern blos verkaufen, fortwährend neue Obligationen, also nicht blos Forderungen, sondern auch Verbindlichkeiten, welche es erforderlich machen, dass die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen bleibt.

---

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

45. *Schadenersatzklage wegen Körperverletzung. Züchtigungsrecht des Lehrers? Art. 50, 51, 53 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 16. September 1885.

Der Lehrer G. St. behauptete von seinem Schüler A. H. bei Drittpersonen hinsichtlich seiner sittlichen Unbescholtenheit schwer verleumdet worden zu sein und hielt sich berechtigt, den Schüler hierüber in der Schule zu Rede zu stellen und ihm eine scharfe körperliche Züchtigung zu appliciren. Der Schüler leistete Widerstand, gerieth zu Boden und erlitt dabei eine Verletzung am Knie; ob direct durch die Hiebe des Lehrers oder indirect durch den Fall zu Boden, ist unermittelt. Der Vater des Schülers klagte auf Fr. 1000 Entschädigung. Der Lehrer verweigerte eine solche, weil er zur körperlichen Züchtigung das Recht gehabt und sich der Schüler durch seinen unberechtigten Widerstand die Verletzung selbst zugezogen habe. Das Kantonsgericht verurtheilte den Lehrer zu einer Entschädigung von 50 Fr.

Motive: Wenn auch angenommen wird, dass der Knabe des Klägers die ehrverletzende Aeusserung gethan und dass der Lehrer ein Recht hatte, den Knaben dafür zu züchtigen, so darf diese Disciplinarbefugniss des Lehrers sich doch nur so weit erstrecken, als keine Verletzungen bezw. gesundheitsschädlichen Folgen aus dieser Züchtigung hervorgehen. Aus der hierüber geführten Untersuchung geht aber hervor, dass der Knabe in Folge der Behandlung durch den Lehrer eine Kontusion des rechten Knies erlitten hat, in Folge welcher er laut Oberexpertise für einige Wochen leidend wurde.

Wenn auch der Lehrer diese Verletzung selbst nicht beabsichtigt hat, so ist er doch für die daraus entstandene Entschädigung civilrechtlich haftbar geworden. Indessen ist bei erwähnter Züchtigung ebenfalls in Betracht zu ziehen, dass der Knabe in Folge seines Widerstandes die Verletzung mitverschuldet haben wird.

46. *Schadenersatzklage wegen fahrlässiger Tödtung eines Kindes. Art. 51, 52, 54 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 4. Dezember 1885.

Am 6. Mai 1885 hat S. R. mit einer sogenannten Feldwalze in raschem Trabe auf der Landstrasse fahrend, das

dreijährige Töchterchen des G. H., das sich unbeaufsichtigt auf der Strasse befand, überfahren und dabei so schwer verletzt, dass es noch gleichen Tages starb. S. R. ist dafür vom Bezirksgericht wegen fahrlässiger Tödtung nach Art. 134 Str.-G. in eine Geldstrafe von Fr. 100 verfällt worden. Das Bezirksgericht zog in Erwägung: Das Fahren in scharfem Trab, auf der Feldwalze so placirt, dass dem S. R. die nöthige Auf- und Uebersicht über sein Fuhrwerk und über die Strasse nicht möglich war, begründe die strafbare Unvorsichtigkeit; da aber der Unfall nicht in einem Dorfe, sondern auf offener Landstrasse stattgefunden und G. H. seine Kinder, wie schon öfter, so auch am 6. Mai, ohne jede Aufsicht auf der offenen Landstrasse sich herumtreiben liess, so liege darin eine Mitverschuldung des G. H. S. R. sei grundsätzlich nach Art. 50 O.-R. haftbar für seine Fahrlässigkeit, aber nur für wirklichen Schaden. Die im Art. 54 O.-R. dem Richter eingeräumte Befugniss, bei Tödtung eines Menschen den Angehörigen des Getödteten, unter Würdigung der besonderen Umstände, auch abgesehen von dem Ersatze erweislichen Schadens eine angemessene Geldsumme zuzusprechen, setze voraus, dass bei der Verletzung Arglist und grobe Fahrlässigkeit obgewaltet habe, was hier nicht zutreffe; daher habe S. R. nach Art. 50, 52 O.-R. nur die wirklich verwendeten Kosten, insbesondere diejenigen der Beerdigung zu erstatten.

Das Kantonsgericht hat den Kläger G. H. mit seiner Mehrforderung über die von S. R. freiwillig anerbotenen Fr. 100 abgewiesen.

Motive: Bei Körperverletzung oder Tödtung eines Menschen kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände „namentlich (also nicht ausschliesslich nur —) in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit“ dem Verletzten oder den Angehörigen des Getödteten, auch abgesehen vom Ersatze erweislichen Schadens, eine angemessene Geldsumme zusprechen. (Art. 54 O.-R.) Es kann also der Richter auf eine angemessene Geldsumme erkennen, selbst wenn keine Arglist oder grobe Fahrlässigkeit gewaltet hat, sofern die besonderen Umstände dem Richter die Erkennung auf eine angemessene Geldsumme angezeigt erscheinen lassen; aber anderseits ist der Richter auch bei waltender grober Fahrlässigkeit oder Arglist nicht gebunden, neben dem Ersatz erweislichen Schadens auf eine weitere Geldentschädigung zu erkennen, sondern es ist das lediglich in sein freies Ermessen gestellt. Als besondere Umstände fallen hier in Betracht, dass zwar das Strafurtheil festgestellt hat, es habe J. R. un-

vorsichtig, beziehungsweise fahrlässig gehandelt; aber anderseits liegt im Gewährenlassen des Herumtreibens eines so kleinen Kindes auf offener Landstrasse auch eine erhebliche Unvorsichtigkeit ab Seite der Eltern desselben. Die persönlichen Verhältnisse der Litiganten scheinen nicht dazu angethan, auf eine Geldsumme zu erkennen. Die Zuerkennung einer solchen Extraentschädigung für die Tödtung eines erst drei Jahre alten Kindes durch einen, wenn auch nicht unverschuldeten Unfall dürfte durchaus nicht immer, auch nicht einmal in der Regel, im Sinne des Gesetzes liegen und erscheint unter den hier waltenden Sach- und Personalverhältnissen nicht gerechtfertigt.

---

47. *Schadenersatzklage. Haft des Bauunternehmers bei Verletzung eines Arbeiters durch Einsturz einer mangelhaft construirten Brücke. Art. 50, 54, 67 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 17. September 1885.

J. W. ist vom Ingenieur der Werdenberger Binnenkanal-Unternehmung als Arbeiter bei den Belastungsproben der eisernen Kanalbrücken verwendet worden und hat beim Einsturz einer derselben eine bleibende Verstümmelung der rechten Hand erlitten. Er forderte von der Kanalunternehmung Fr. 2200 für Arzt-, Abwart-, Verpflegungskosten, einschliesslich Fr. 564 für bisherige Arbeitsunfähigkeit, ferner für bleibende theilweise Arbeitsunfähigkeit und für Schmerzengeld Fr. 8300, zusammen Fr. 10,500.

Motive: Aus den Akten und den Expertengutachten ergibt sich, dass der Einsturz der Brücke der fehlerhaften Anlage derselben zuzuschreiben ist und dass der Beklagtschaft die dem J. W. daraus erwachsene Schädigung im Sinne von Art. 50 O.-R. als eine aus Fahrlässigkeit widerrechtlich zugefügte zugerechnet werden muss, für welche die Beklagtschaft dem J. W. zivilrechtlich aufzukommen hat.

Der Anspruch des J. W. auf Ersatz des wirklich erlittenen Schadens ist aber auch nach Art. 67 O.-R. begründet, und was seine den Ersatz der wirklichen Baarauslagen und den Ersatz für die bisher erlittene Arbeitsunfähigkeit überschreitende Forderung von Fr. 8300 für bleibende oder theilweise fernere Arbeitsunfähigkeit und Schmerzengeld betrifft, so ist die Forderung auch nach dieser Richtung grundsätzlich zu schützen. Selbst wenn der Art. 67 O.-R. für die Zuerkennung von Schmerzengeld oder einer andern, den Ersatz erweislichen, wirklich erlittenen Schadens übersteigenden

Entschädigung mit Recht nicht sollte angerufen werden können, so ist die Zuerkennung einer angemessenen Geldsumme für Schmerzengeld u. drgl. jedenfalls nach Art. 54 O.-R. gerechtfertigt, der eine solche nicht blos bei nachgewiesener grober Fahrlässigkeit, sondern auch ohne solche unter Würdigung der besonderen Umstände in das Ermessen des Richters stellt. Mit dem Zwischensatz „namentlich in Fällen von Arglist oder grober Fahrlässigkeit" im Art. 54 O.-R. ist deutlich gesagt, dass das nicht die einzigen Fälle sind, in welchen eine solche Entschädigung zugesprochen werden kann. Immerhin erscheint eine Reduktion dieses Postens auf Fr. 6000 den Umständen angemessen.

---

48. *Schadenersatzklage. Art. 55 O.-R. Auf Geldentschädigung wegen Verleumdung ohne Nachweis eines Vermögensschadens ist nicht in allen Verleumdungsfällen zu erkennen.*

St. Gallen. Urtheil des Kantonsgerichts vom 8. September 1885.

B. E. hat in einem Wirthshaus vor Gästen dem J. B. mehrmals vorgehalten, er habe ihm eine Maschine gestohlen und habe Stauden verkauft, die ihm nicht gehört haben. Ueber fragliche Maschine, welche auf eine nicht nachgewiesene Weise aus dem Besitz des B. E. in denjenigen des J. B. gelangt ist, sollen zwischen Letzterm und der Frau des B. E. Kaufsverhandlungen stattgefunden, aber nach Angabe der Letztern zu keinem Abschluss geführt haben, wogegen der Erstere seinen Erwerb an der Maschine daraus ableitet. Daher der eingeklagte Vorwurf des Gestohlenhabens. B. E. hat später mit Rechtsbot an J. B. den ersten Vorwurf erneuert und auf erhaltenen Rechtsvorschlag hat B. E. den J. B. beim Amt wegen Diebstahls eingeklagt. Die Untersuchung wurde durchgeführt, aber von der Anklagekammer Mangels Beweises die Aufhebung der Prozedur verfügt. J. B. klagt nun gegen B. E. auf Genugthuung und darüber hinaus, gestützt auf Art. 55 O.-R., auf eine Geldentschädigung von Fr. 200. B. E. hält sich hiezu nicht pflichtig. J. B. habe den rechtlichen Erwerb der fraglichen Maschine heute noch nicht bewiesen; sobald er diesen Beweis erbringe, sei B. E. zur Genugthuung bereit. Es sei daher die Unwahrheit des eingeklagten Vorwurfes nicht bewiesen; überdies habe B. E. fraglichen Vorwurf in guter Treue für wahr gehalten und halten können, da nicht er selbst, sondern seine Frau mit J. B. über fragliche Maschine verhandelt und ihm darüber so berichtet habe, dass er sich dem J. B. gegenüber zu fraglichem Vorhalt vollständig berechtigt habe halten können.

Das Kantonsgericht hat den B. E. der Verleumdung schuldig befunden, mit Strafe belegt und die Verleumdung als aufgehoben erklärt; dagegen den J. B. mit seinem Begehren um Geldentschädigung abgewiesen.

Motive: Die eingeklagten Aeusserungen sind objektiv verleumderisch. Beklagter hat den Beweis der Wahrheit nicht angetreten und kann auch schon mit Rücksicht auf das beharrliche Festhalten seiner verleumderischen Aussagen, beziehungsweise auf die an eine unstatthafte Bedingung geknüpfte Genugthuungsofferte bei seiner Einrede der guten Treue nicht geschützt werden. Hinsichtlich der Entschädigungsforderung fällt in Betracht: Ist Jemand durch solche unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden, so kann nach Art. 55 O.-R. der Richter auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine angemessene Geldsumme erkennen; aber es muss nicht in allen Fällen solcher Verletzung persönlicher Verhältnisse auf eine Geldentschädigung erkannt werden. Es steht nun ausser allem Zweifel, dass eine solche ernstliche Verletzung in den persönlichen Verhältnissen auch durch Verleumdungen bewirkt werden kann; aber es ist nicht anzunehmen, dass in allen Fällen oder auch nur in der Regel eine Verleumdung wirklich diese Wirkung habe; auch ist der Richter, wo eine solche Verletzung vorliegt, zwar berechtigt, aber er ist nicht gebunden, zu deren Sühnung auf eine Geldentschädigung zu erkennen. Es ist daher im Einzelfalle zu prüfen, ob wirklich die Geldentschädigung an den Beleidigten das einzig mögliche und ausreichende Mittel gegen die erlittene Verletzung bilde. Art. 115 Str.-G. knüpft an erwiesene Ehrenbeleidigungen zum Schutze des Beleidigten und zur Sühne für die erlittene Beleidigung neben der Bestrafung des Beleidigers die Rechtsfolge, dass die Ehrenbeleidigung durch das gerichtliche Urtheil als aufgehoben erklärt wird. Das kann wohl in den meisten Ehrverletzungsfällen als eine ausreichende Sühne betrachtet werden. Auch sind nach dem Art. 115 Str.-G. allfällige Vermögens- und andere zivilrechtliche Nachtheile, welche aus einer Ehrenbeleidigung entstanden sind, vom Beleidiger nach zivilrechtlichen Grundsätzen gutzumachen. Im vorliegenden Falle sind nun keine Vermögens- oder andere zivilrechtliche Nachtheile nachzuweisen, für welche dem J. B. nach Art. 115 Str.-G. ein Schadenersatz zuerkannt werden könnte. Auch erscheint J. B. durch die verleumderischen Aussagen des B. E. in seinen persönlichen Verhältnissen denn doch nicht so ernstlich verletzt, dass ihm zur

völligen Sühnung der erlittenen Unbill neben der durch die Bestrafung des Beklagten und durch die gerichtliche Aufhebung der Verleumdung zu Theil gewordenen Genugthuung noch eine Geldentschädigung zuerkannt werden müsste.

---

49. *Promesse de mariage. Demande d'indemnité. Art. 50 et 55 C.-O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 20 novembre 1885.

Il résulte, en fait, de la correspondance des parties, notamment d'une série de lettres adressées par Y. à Dlle X. et aux père et mère de celle-ci, lettres dont le défendeur n'a pas contesté être l'auteur, qu'en 1882, à Zurich, où les deux parties faisaient un séjour, il s'est établi entre elles des relations intimes.

Ensuite de ces relations, la demanderesse est devenue enceinte et elle est accouchée, le 9 mars 1883, d'une fille dont le défendeur s'est à plusieurs reprises officieusement reconnu le père.

Il résulte encore de cette correspondance que, dès son origine, qui remonte au mois d'août 1882, jusqu'à la terminaison en juin 1884, le défendeur a constamment promis à la demanderesse de l'épouser et de ne pas négliger ses devoirs envers l'enfant né de ses œuvres.

Le défendeur ayant, en définitive, refusé de tenir ses promesses, Dlle X. l'a cité devant le Tribunal pour le faire condamner à lui payer à titre de dommages-intérêts: 1° une somme de 10,000 fr. pour le préjudice causé à elle-même; 2° une pension de 60 fr. par mois pour subvenir aux frais d'entretien de l'enfant, dès le 1er janvier 1885 à l'époque de sa majorité.

La demanderesse affirme, à l'appui de sa demande, que les promesses de mariage qui lui auraient été faites par le défendeur ont été la cause déterminante de son consentement à l'établissement entre eux des relations d'où est né l'enfant auquel elle a donné le jour.

Attendu qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter aux dénégations du défendeur au point de vue du fait desdites relations et de la naissance de l'enfant qui en est issu, car ces dénégations sont contredites par toutes les lettres qui émanent de lui;

Qu'il y a lieu seulement d'examiner en droit si, étant établi le fait que la demanderesse a eu, en 1882, à Zurich, des relations intimes avec le défendeur, relations dont est née une fille, la demande formée par la Dlle X. est recevable;

Attendu que Y., se prévalant du fait que les parties se trouvaient à Zurich au moment où s'est passé l'événement qui est l'origine de la demande, invoque les dispositions de la loi zurichoise, aux termes de laquelle la recherche de la paternité ne serait admise que pendant un délai de 6 semaines après l'accouchement;

Attendu que la jurisprudence a toujours soigneusement distingué entre une demande telle que celle que forme Dlle X. et une recherche de paternité (Demolombe, *Mariage*, I, n° 29);

Que la demande ne constituerait une recherche de paternité que si la Dlle X. concluait à ce que l'enfant dont elle est accouchée le 9 mars 1883, soit judiciairement attribué au défendeur et inscrit sous le nom de ce dernier à l'état civil;

Attendu que tel n'est pas le cas, et que la demande ne constitue qu'une demande en indemnité fondée sur ce principe général que celui qui cause, par sa faute, un dommage à autrui est tenu de le réparer, principe posé aussi bien dans le Code civil français en vigueur à Genève en 1882 (art. 1382) que dans le Code fédéral des obligations (art. 50 et 55) et que dans le Code civil zurichois (art. 1832 et 1834);

Qu'il est, dès lors, sans intérêt de rechercher laquelle de ces trois législations doit être appliquée;

Attendu qu'il est admis par la jurisprudence qu'une jeune fille séduite et abandonnée ensuite est fondée à réclamer à son séducteur une indemnité pour elle, et une pension pour son enfant, s'il résulte des circonstances de l'espèce que la promesse de mariage qui lui a été faite a été la cause déterminante des relations intimes auxquelles elle a consenti;

Attendu que, bien que la correspondance du défendeur ne commence qu'au mois d'août 1882, c'est-à-dire un mois environ après l'époque probable de la conception de l'enfant, né le 9 mars suivant, il en résulte cependant pour le Tribunal la certitude qu'une promesse formelle de mariage avait dû être échangée entre les parties au moment où des relations intimes se sont établies entre elles;

Qu'en effet, dès la première de ses lettres (8 août 1882), le défendeur parle de son mariage avec la demanderesse comme d'une chose déjà décidée entre eux, et non pas seulement comme d'une réparation qu'il lui promet, et cela bien antérieurement aux premières manifestations de la grossesse de la Dlle X., qui ne datent, d'après la même correspondance, que du mois d'octobre suivant;

Que, le 17 août encore, après un séjour fait auprès de

celle-ci et dans sa famille, il écrit à ses parents une lettre dans laquelle il en parle comme de sa future femme tendrement aimée;

Attendu que le défendeur n'établit et n'articule même aucun fait qui puisse justifier son refus de tenir les promesses solennelles qu'il avait faites et si souvent renouvelées à la demanderesse;

Attendu encore que, dans un grand nombre de ses lettres, le défendeur prend l'engagement, et le renouvelle, de faire le nécessaire pour que la demanderesse et son enfant soient heureux et ne manquent de rien;

Que, par suite, l'obligation contractée par Y. envers Dlle X. a sa source aussi bien dans le quasi-contrat, résultant de la rupture de sa promesse de mariage, que dans l'engagement pris par lui de réparer le tort qu'il lui causait et d'assurer son existence et celle de son enfant;

Attendu, étant donné la situation réciproque des parties, qu'il convient d'allouer à la demanderesse une indemnité de 2000 fr. et une pension de 300 fr. par an, dès le 1er janvier 1885 jusqu'à la majorité de l'enfant.

---

50. *Action en dommages-intérêts. Offre, par la voie de la presse, de communiquer le texte d'un jugement; prétendue atteinte à la considération personnelle. (Art. 55 C.-O.)*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 15 décembre 1885 dans la cause Brun contre Rutty.

En fait, le défendeur a fait insérer dans la *Tribune de Genève* du 4 juin 1885, et dans la *Feuille d'avis officielle* du canton du samedi 6 juin même année, l'avis suivant: „J'ai l'honneur d'informer mes amis et les personnes que cette communication peut intéresser, que le Tribunal civil a rendu, le 18 avril 1885, son jugement dans le procès intenté par moi à M. Louis Brun, confiseur au Bourg-de-Four, et que le texte dudit jugement, inséré dans la *Semaine judiciaire* du 11 mai dernier, est à leur disposition chez moi. (Signé) Eugène Rutty, Bourg-de-Four, 18."

Le demandeur prétend que cette insertion est un article perfide destiné à jeter la défaveur sur lui et révèle chez son auteur une persistance malicieuse à vouloir le discréditer; qu'en outre, le Tribunal ayant expressément refusé la publication de son jugement dans la *Feuille des avis officiels*, réclamée par Rutty, celui-ci a fait indirectement ce qui lui avait été directement refusé. Pour ces raisons, il l'a actionné

en paiement de la somme de 1000 fr. à titre de dommages-intérêts.

Attendu que l'annonce publique du défendeur que, le 18 avril 1885, le Tribunal avait tranché le différend existant entre lui et le demandeur — ce qui est indiscutablement vrai — ne présente rien de perfide et ne révèle aucune méchante intention de jeter le discrédit sur Brun;

Que Rutty n'a point publié le texte du jugement du 18 avril; qu'il n'a donc pas fait indirectement ce que le Tribunal lui avait directement refusé;

Attendu que si Brun n'avait pas, à tort et sans droit (voir les considérants du jugement du 18 avril), nanti le public, soit par la *Tribune de Genève*, soit par la *Feuille des avis officiels* du canton, d'une lettre à lui confidentiellement envoyée par le défendeur, ce dernier n'aurait pas été amené à répondre par la même voie: 1° que cet acte inqualifiable demandait réparation et qu'il s'était adressé immédiatement aux tribunaux; 2° que ceux-ci s'étaient prononcés le 18 avril de cette année;

Attendu que Rutty n'a commis aucun acte illicite en informant ses amis et les personnes que cette communication pouvait intéresser que le texte dudit jugement, inséré dans la *Semaine judiciaire* (ce qui est rigoureusement exact, voir le n° 18 du 11 mai 1885, p. 279 et suiv.), était à leur disposition chez lui;

Qu'en effet, l'art. 109 de la loi de procéd. civ. genev. ordonne aux greffiers de délivrer, moyennant salaire, des copies ou extraits de tous les jugements autres que ceux prononcés à huis clos, à quiconque les réclamera; que la rétribution à payer pour obtenir copie d'un jugement n'a point été fixée pour en restreindre la publicité, mais afin qu'il soit tenu un juste compte aux greffes des frais que leur occasionne la levée des jugements;

Attendu que Brun n'est, en conséquence, pas fondé à se plaindre de ce que les personnes que le jugement du 18 avril 1885 pouvait intéresser, en aient pu prendre connaissance chez Rutty par la lecture de la *Semaine judiciaire*,, laquelle n'est que la reproduction d'une expédition délivrée par le greffier, puisque ces personnes avaient le droit de réclamer au greffier pareille expédition;

Attendu, en tous cas, que le demandeur ne justifie pas avoir souffert un préjudice matériel ou moral; que non seulement l'un ou l'autre est loin d'éclater, mais que, même en

les recherchant, les juges n'ont pu parvenir à en constater l'existence ;

Attendu que le défendeur ne s'est pas rendu coupable d'un acte illicite en publiant l'avis au sujet duquel il est actionné ; qu'il n'a porté aucune grave atteinte à la situation personnelle du demandeur ; que l'art. 55 C. O., invoqué par Brun dans ses conclusions prises à l'audience du 1er courant, n'est pas applicable ;

P. c. m., le Tribunal déboute....

---

51. *Action en dommages-intérêts. Exercice illégal de l'art dentaire ; faute lourde de l'opérateur ; art. 50, 51, 52 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 28 mars 1885 dans la cause veuve Lädermann c. Stoessel.

*Conclusions du Ministère public.* La demanderesse, par exploit introductif d'instance en date du 1er août 1884, réclame au défendeur une somme de 10,000 fr. à titre de dommages-intérêts, pour le tort qui lui aurait été causé par la mort de son mari, décédé à la suite d'une opération illégalement pratiquée sur lui par le défendeur, en violation de la loi sur l'exercice de l'art de guérir.

Le Tribunal, par ordonnance en date du 29 novembre 1884, a retenu et admis comme pertinents une partie des chefs de l'offre de preuve signifiée par la demanderesse le 19 septembre 1884. Celle-ci a pleinement rapporté la preuve à laquelle elle a été acheminée.

Il a été établi que : 1° le 31 mai 1884, le défendeur, exerçant illégalement et sans autorisation l'art dentaire, a pratiqué sur Lädermann l'obturation de deux dents ; ce fait résulte des dépositions des témoins. Il est, du reste, reconnu formellement par Stoessel, qui n'a jamais songé à le contester, et il ne saurait y avoir le moindre doute sur ce chef-là.

2° Stœssel, pour pratiquer cette opération, n'a point pris les précautions nécessaires, n'a ni nettoyé, ni désinfecté les deux dents et s'est servi d'instruments sales. Les docteurs Gosse, Reverdin, Silvestre, ont retrouvé dans la dent une substance mollasse qui, de leur avis unanime, n'a pu y pénétrer après l'obturation. Selon cette opinion, qui met à néant le système de la défense sur la présence et l'origine de cette substance, c'est une faute lourde de ne l'avoir pas extirpée, puisque l'opération pratiquée a précisément pour but d'empêcher les substances putrescibles étrangères, alimentaires ou autres, de pénétrer et de séjourner dans la cavité dentaire.

Tous les hommes de l'art entendus par le Tribunal,

même ceux cités par la défense, sont d'accord sur ce point que, pour pratiquer l'obturation d'une dent atteinte de périostite, il faut non seulement la nettoyer, mais la désinfecter après un traitement de plusieurs jours.

Il ressort des explications fournies par Stœssel lui-même, qu'il n'a pris aucune de ces précautions. Il explique avoir nettoyé la dent au moyen d'un morceau de ouate et de l'instrument excavateur. Il est constant qu'une opération semblable, qui peut à peine servir à essuyer superficiellement la surface intérieure, n'est pas suffisante pour détruire les germes putrescibles adhérents qui se trouvent dans toutes les dents excavées.

Les docteurs Redard, Vautier, Silvestre fils ont, de plus, constaté que les instruments qui servaient à Stœssel étaient sales, rouillés et mal tenus.

La précaution la plus élémentaire, prescrite à tout chirurgien, est de tenir ses instruments dans le plus grand état de propreté; un nettoyage à l'eau pure ou un raclage avec un instrument, comme celui que Stœssel prétend avoir pratiqué, n'est pas suffisant. L'état de saleté dans lequel on a retrouvé ses instruments, le prouve surabondamment; on risque, de plus, de laisser adhérer au métal certains germes infinitésimaux, mais très dangereux, qu'il faut détruire au moyen d'un antiseptique puissant, tel que l'acide phénique. L'état de saleté des instruments qui ont servi à l'opération, a pu contribuer aussi à l'introduction dans la dent de nouveaux germes morbides.

3° Cette obturation, faite sans précaution, a occasionné chez Lädermann une septicémie suraiguë infectieuse. L'opinion des docteurs Gosse, Reverdin, Sylvestre, Redard et Vautier est unanime sur ce point: la septicémie suraiguë est un empoisonnement du sang par la résorption d'une matière infectieuse. Tous les témoins ci-dessus sont d'accord sur la manière dont cet empoisonnement a pu se produire par la résorption par le sang d'une substance purulente enfermée dans la cavité dentaire, fait constaté par l'examen des dents de Lädermann, ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

4° Il est également acquis au débat que Lädermann a succombé aux conséquences de la maladie survenue à la suite de l'opération. Les insinuations du défendeur sur les causes qui auraient pu aggraver pour Lädermann les conséquences de la maladie, ne sauraient être prises en considération. Ce serait au défendeur à en rapporter la preuve, la demanderesse ne pouvant être tenue à prouver un fait négatif.

Stœssel n'établit nullement que Lädermann fût alcoolique, syphilitique, diabétique, albuminurique ou atteint de prédispositions quelconques; au contraire, tous les renseignements fournis au procès tendent à établir que c'était un homme sobre et bien portant. Quelles que soient, du reste, les prédispositions de Lädermann, la cause première de la maladie n'en est pas moins la négligence, l'imprudence de Stœssel.

5° Enfin, il est constant que Lädermann a laissé sans ressources une femme et quatre enfants, dont il était l'unique soutien.

Vu l'art. 50 C. O.;

Attendu que la responsabilité de Stœssel est complète; que la négligence, l'imprudence ou l'inobservation des règlements suffisent pour engager la responsabilité, sans qu'il y ait besoin d'aucun fait volontaire, d'aucune ommission de la part de celui qui s'en rend fautif;

Que la jurisprudence française, conforme à la nôtre sur cette matière, admet que la simple ignorance des procédés de l'art suffit pour faire naître la responsabilité (Dalloz, *Rép.*, v° *Responsabilité*, n° 128);

Que, dans l'espèce, il y a eu plus que faute lourde, ignorance ou imprudence, soit quasi-délit; qu'il y a eu de la part de Stoessel violation consciente de la loi, par conséquent dol, c'est-à-dire délit;

Attendu que le verdict du jury, en date du 31 juillet 1884, a déclaré Stœssel non coupable d'avoir commis un homicide involontaire par imprudence ou négligence, mais n'a pas été appelé à statuer sur la question qui aurait pu lui être posée en vertu de la 2e partie de l'art. 273 du Code pénal, à savoir si Stœssel n'était pas la cause involontaire et, par conséquent, indirecte de la mort de Lädermann, question qu'il eût sans doute résolue affirmativement;

Attendu que ce verdict n'a, du reste, tranché qu'une question: celle de la culpabilité au point de vue pénal, question qui n'a rien à voir dans la cause actuelle;

Attendu que le principe de responsabilité en matière de quasi-délit posé par l'art. 50 C. O. est absolument indépendant de toute idée de culpabilité ou de pénalité;

Attendu, d'autre part, que le même jury a reconnu le défendeur coupable d'infraction à la loi sur l'art de guérir; que cette contravention n'est pas la première de ce genre relevée contre lui; qu'il a déjà été condamné pour le même fait le 11 juillet 1883; que les 25 certificats qu'il produit ne sont qu'autant de preuves de nouvelles contraventions;

Attendu que la loi du 12 octobre 1861 sur l'exercice de l'art de guérir n'a d'autre but que de soumettre les médecins à des actes probatoires de leur science et d'exiger d'eux une certaine dose de connaissances constatées par des examens; que celui qui a obtenu ses grades possède une présomption légale de capacité, sans laquelle la pratique de l'art de guérir devient un délit;

Attendu qu'il est surabondamment établi que Stœssel ne possédait aucune des connaissances exigées par la loi; que cependant il a, à diverses reprises, pratiqué l'art dentaire et d'autres branches de l'art de guérir en violation de la loi, dont il connaissait les clauses pénales qui lui ont déjà été appliquées;

Attendu que, dans ces circonstances, Stœssel doit supporter les conséquences de sa faute; qu'il y a lieu de le condamner à payer à la demanderesse une indemnité;

*Jugement.* I. Vu le jugement préparatoire du 29 novembre 1884 ordonnant des enquêtes;

Vu ces enquêtes qui ont eu lieu aux audiences des 13 décembre 1884 et 10 janvier 1885;

Attendu qu'elles ont établi que la faute, soit la négligence et l'imprudence de Stœssel, ont été la cause déterminante de la mort de Lädermann;

Vu les conclusions du Ministère public; adoptant ces conclusions.

II. Attendu que, d'après les art. 51 et 52 C. O., le juge a toute latitude pour fixer, d'après les circonstances de fait, l'indemnité qui doit être accordée à la victime d'un dommage causé par la faute d'autrui;

Qu'en cas de mort d'homme, les dommages et intérêts doivent comprendre les frais faits par la victime ou sa famille, notamment pour l'inhumation;

Que lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes sont privées de leur soutien, il y a lieu également à les indemniser de cette perte;

Attendu que Lädermann était ouvrier, qu'il n'avait pas de fortune, qu'il vivait et entretenait sa famille du produit de son travail;

Qu'il a laissé une veuve et 4 enfants en bas âge, dont l'aîné n'a que 6 ou 7 ans;

Attendu que, par la mort de son chef, la famille de Lädermann a ainsi perdu son soutien;

Attendu qu'une indemnité équitable, permettant à la veuve Lädermann de l'aider à élever et à entretenir ses enfants

jusqu'au jour où ceux-ci pourront gagner leur vie, doit lui être allouée;

Attendu, d'autre part, que si le Tribunal doit prendre en considération ces éléments d'appréciation, il doit équitablement tenir également compte de la position de fortune du défendeur; qu'en effet, la répression pécuniaire doit être proportionnée à la fortune du coupable;

Attendu que Stœssel a un commerce de coiffeur aide-chirurgien, dont le gain est plutôt limité; que des renseignements fournis par les explications des parties, il résulte que, bien qu'il jouisse d'une aisance relative, Stœssel ne possède pas une fortune bien grande;

Attendu qu'en tenant compte de tous ces faits, le Tribunal a en mains les éléments nécessaires pour fixer à 3500 fr. l'indemnité à allouer à la demanderesse de la part de Stœssel.....

---

52. *Schadenersatz aus unerlaubtem Benehmen. Haftung des Familienhauptes wegen ungenügender Aufsicht über das Kind. Art. 61 O.-R. (Vgl. III, N° 82, 152.)*

**Baselland.** Urtheil des Obergerichts vom 22. Januar 1886 i. S. Schneider c. Brunner.

Am 1. Juni 1883 hat auf einem freien Platze vor den Häusern der Parteien in Birsfelden der damals 8 Jahre alte Knabe Johannes Brunner dem 5½ Jahre alten Knaben Adolf Schneider durch einen Schuss mit einem Holzpfeile das rechte Auge derart verletzt, dass dessen Sehkraft verloren ging. Der geschädigte Knabe wurde vom 8. Juni bis 20. August 1883 in der Augenheilanstalt Basel verpflegt. Die daherigen Kosten im Betrage von Fr. 97. 50 sind dessen Vater nachher aus der Collocation des inzwischen in Concurs gerathenen Vaters Carl Brunner ersetzt worden. Zur Zeit der That befand sich Vater Brunner wegen Unterschlagung und Urkundenfälschung in Untersuchungshaft. Die häusliche Aufsicht lag somit damals der Ehefrau Brunner ob.

Der Vater des verletzten Knaben erhob eine Schadenersatzklage von Fr. 800, welche der Ehefrau Brunner gegenüber für begründet erklärt wurde. Gegen dieses Urtheil haben die Eheleute Brunner — der Ehemann Karl B. ist seither durch den Regierungsrath des Kantons Baselland wieder rehabilitirt worden — die Appellation erklärt mit dem Antrage, es sei die zugesprochene Summe angemessen zu reduciren.

Ueber den Vorfall gibt der als Zeuge einvernommene Knabe Karl Meier folgende Auskunft: „An fraglichem Tage sah ich den Knaben Brunner mit einem Pfeile in die Höhe

schiessen, als Adolf Schneider gerade in der Nähe war. Dieser schaute dem Geschoss in die Höhe nach und lachte. Als es herabkam, ergriff es Brunner und legte es auf den Bogen, worauf er damit auf das Gesicht von Schneider, welcher nicht weiter als 4 Schritte von Brunner entfernt war, zielte und abschoss. Gleich darauf fieng Sch. zu schreien und stampfen an, indem er das eine Auge zuhielt, worauf Brunner nach Hause ging. Ausser mir und einer Frau Tanner, welche in unserem Hause wohnte, seither aber gestorben ist, war gerade niemand zugegen. Das Geschoss bestand nur aus einem hölzernen Stecklein von etwas weniger als ein Fuss Länge. Dasselbe wurde abgeschossen mittels eines hölzernen Bogens, welcher mit einer Schnur gespannt wurde.

In Birsfelden war es gebräuchlich sich mit Pfeilschiessen zu belustigen."

Das Obergericht hat die Appellation verworfen.

Motive: Art. 61 des Obligationenrechts erklärt das Familienhaupt für die durch seine minderjährigen Kinder verübten Schädigungen verantwortlich, wenn dasselbe es an der gehörigen Aufsicht hat fehlen lassen, und zwar in der Weise, dass der Geschädigte nicht den Nachweis zu leisten braucht, dass der Schaden eine Folge mangelhafter Aufsicht gewesen sei, sondern dass umgekehrt das Familienhaupt zu beweisen hat, dass es das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet habe. Es besteht somit eine gesetzliche Präsumtion, sowohl für die mangelhafte Aufsicht (Fahrlässigkeit) des Familienhauptes als auch für den Causalzusammenhang derselben mit dem eingetretenen Schaden.

Zur Zeit der That war die Ehefrau das Familienhaupt. Sie ist daher die richtige Beklagte. Die nachträgliche Rehabilitation des Ehemannes und die Wiederaufrichtung der ehelichen Gütergemeinschaft hat nur zur Folge, dass er für die Schuld der Ehefrau aus rechtskräftigem Urtheil direct belangt werden kann.

Die Bestimmung der Höhe der Entschädigung ist dem richterlichen Ermessen überlassen. Ueber die Vermögensverhältnisse der Parteien ist dem Richter nichts Sicheres bekannt geworden; andrerseits ist auch die Schuld der Beklagten unzweifelhaft keine grosse. Allein die zugesprochene Entschädigung ist im Verhältnisse zu dem eingetretenen Schaden so klein, dass eine weitere Herabsetzung derselben sich nicht rechtfertigen würde.

53. *Exception de compensation. Créance illiquide; irrecevabilité de l'exception; art. 131 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 15 septembre 1885 dans la cause Degrange c. Monnerat et Senglet.

Vu la saisie-arrêt pratiquée en mains de Senglet par les mariés Degrange, au préjudice de Monnerat;

Attendu que les saisissants agissent en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée;

Que le débiteur saisi s'oppose à la validation de la saisie-arrêt, sous prétexte qu'il a introduit en justice, contre les créanciers, une demande en dommages-intérêts; qu'il se peut qu'il devienne créancier des mariés Degrange, qu'en application du § 2 de l'art. 131 C. O., il s'opère de plein droit une compensation entre la créance de ces derniers et la leur, quoique contestée.

En droit: vu l'art. 131 C. O.;

Considérant que cet article ne dit en aucune façon qu'une dette se compense de plein droit avec une prétention illiquide: „Le débiteur, y est-il écrit, peut opposer la compensation lors même que sa créance est contestée;" c'est une faculté qui lui est donnée, c'est une tolérance de la loi; il appartient aux juges de statuer dans chaque cas sur la recevabilité de l'exception;

Attendu que la prétention de Monnerat à des dommages-intérêts n'est justifiée que par son affirmation; qu'en cette circonstance, elle ne présente point un caractère sérieux de nature à suspendre l'exécution d'un jugement définitif;

P. c. m. le Tribunal valide la saisie-arrêt....

---

54. *Exception de compensation. Il appartient aux juges de statuer dans chaque cas, selon les circonstances, sur l'admissibilité de cette exception. Art. 131 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 31 mars 1885 dans la cause Julliard c. veuve Violon.

Le demandeur conclut: 1° à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer la somme de 350 fr., montant de 2 trimestres de loyer commencés, l'un le 1er octobre 1884, l'autre le 1er janvier de cette année; 2° à ce que la saisie provisionnelle qu'il a été autorisé à faire pratiquer contre elle soit validée et transformée en saisie-exécution.

Veuve Violon reconnaît devoir les loyers réclamés, mais prétend à 300 fr. de dommages-intérêts pour voies de fait et injures dont Julliard se serait rendu coupable vis-à-vis d'elle, et excipe de compensation jusqu'à concurrence de cette somme.

Elle offre la preuve de ces injures et voies de fait contestées par le demandeur.

En droit, vu l'art. 131 C. O.;

Considérant que ce code ne fait que tolérer la compensation entre une dette liquide et exigible, et une prétention qui n'a aucun de ces deux caractères; qu'il appartient aux juges de statuer dans chaque cas, selon les circonstances, sur l'admissibilité de cette exception de compensation;

Attendu que les faits sur lesquels veuve Violon étaie sa demande d'indemnité se seraient passés, selon elle, le 22 novembre 1884;

Qu'elle devait un trimestre de loyer déjà le 1er octobre précédent; que, si elle ne l'a pas payé à son échéance, ce n'est pas parce qu'elle estimait que cette dette se compensait avec les dommages et intérêts que pouvait lui devoir Julliard, mais parce qu'elle était dans l'impossibilité de s'acquitter;

Attendu qu'il y a tout lieu de croire, sans cependant rien préjuger, qu'elle s'est trouvée dans la même impossibilité le 1er janvier 1885, et qu'elle a alors songé aux faits de fin novembre 1884, comme de nature à lui fournir le moyen d'atermoyer sa condamnation;

Attendu que, si sa demande en dommages et intérêts est fondée, ses loyers futurs, entre autres celui payable le 1er avril prochain, lui assurent le paiement de l'indemnité qu'elle obtiendra; qu'il n'y a pas de motif, en l'état, pour admettre son exception de compensation, qui paraît n'être qu'une exception dilatoire.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle en dommages et intérêts: attendu que veuve Violon offre la preuve des faits justificatifs; que ses conclusions préparatoires doivent lui être adjugées....

---

55. *Verpflegungsvertrag auf Lebenszeit gegen Ueberlassung des gesammten Vermögens. Anfechtbarkeit auf Grund des Art. 199 O.-R.?*

St. Gallen. Urtheil des Kantonsgerichts vom 16. April 1885.

Ch. Pf. hat am 29. März 1883 mit Ch. B. folgenden Verpflegungsvertrag abgeschlossen: 1. B. verpflichtet sich, den Pf. lebenslänglich in gesunden und kranken Tagen gehörig, Anstand- und dem Alter gemäss zu verpflegen, d. h. ihm Kost und Kleider, Bett und Wohnung und die nöthige Pflege zukommen zu lassen, auch allfällige Arztkonti und die Sterbekosten für denselben zu übernehmen. 2. Als Entschädigung hiefür und für die bisher resp. früher bei B. ge-

nossene Pflege und liebevolle Behandlung überlässt Pf. sein Gesammtvermögen, bestehe dasselbe in was immer, dem B. als wahres Eigenthum bis auf das zur Stiftung der im Testament vom 26. August 1881 vorgesehenen Jahrzeit erforderliche Kapital und die Summe von 300 Franken, welche B. ihm zur Verfügung zu stellen hat. 3. Falls B. vor dem Pflegling Pf. sterben sollte, gehen die in obigem Vertrag festgesetzten Pflichten und Rechte auf dessen Erben über.

Darauf kam Pf. zu B. wirklich in Pflege, aber die Aushändigung seines Vermögens erfolgte nicht sofort; vielmehr liess sich B. von Pf. Vollmacht ausstellen, für ihn die vorkommenden Geschäfte so lange zu verrichten, als er sich bei B. aufhalte, Alles was B. in seinem (Pf.'s) Namen verrichte, werde er (Pf.) so ansehen, als ob es von ihm geschehen wäre. B. quittirte eingehende Beträge aus Pf.'s Vermögen als Sachwalter des Pf., so dass Pf. nach Aussen, gegenüber Drittleuten noch als Eigenthümer seines Vermögens galt. Pf. starb schon am 12. Juli 1884. Laut Inventar betrug sein Nachlass an Guthaben und Baar 6315 Fr. Seine Erben erhoben Anspruch auf diesen Nachlass. Sie bestritten die Rechtsbeständigkeit des Verpflegungsvertrages und verlangten, dass sich Ch. B. für die dem verstorbenen Pf. gewährte Kost- und Logisgabe mit angemessener Entschädigung zu begnügen habe. — Sie stützten dieses Rechtsbegehren zunächst auf Art. 199 O.-R., weil die nach diesem Artikel zum Eigenthumsübergang erforderliche Besitzübergabe an den Vermögensobjekten auf B. nicht stattgefunden habe, dieser sich vielmehr als Vollmachtträger des Pf. und als dessen Vermögensverwalter, nicht als Cessionar und Eigenthümer des Pf.'schen Vermögens gerirt habe. Ferner sei der Verpflegungsvertrag eine Schenkung von Todes wegen, oder doch eine Verfügung des Pf. auf sein Ableben zu Gunsten des B., und als solche ungültig, weil nicht nach den Vorschriften des Erbgesetzes in Form eines Vermächtnisses oder Erbvertrages errichtet. Ch. B. prätendirte die Rechtsbeständigkeit des Verpflegungsvertrages und darauf gestützt den gesammten Nachlass des Pf. als Eigenthum.

Das Bezirksgericht schützte die Pf.'schen Erben und erklärte den Vertrag für nichtig. Das Kantonsgericht erklärte ihn dagegen für gültig und schützte den B. bei seiner Ansprache auf den Nachlass.

Motive: Allerdings ist nach Art. 199 O.-R. Besitzübergabe erforderlich, wenn in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden soll. Aber

Derjenige, auf welchen solches Eigenthum übertragen werden soll, hier der Verpflegungsgeber B., erwirbt schon mit dem Abschlusse des Vertrages ein Recht, die Uebertragung des Eigenthums, also zu diesem Zwecke die Uebertragung des Besitzes an der Sache, zu verlangen. Wenn nun B. bei Lebzeiten des Pf. keine oder nicht alle Vermögensobjekte des Pf. in seinen Besitz verlangt und erhalten haben sollte, so kann er die Uebergabe jetzt noch kraft des Vertrages auch den Erben gegenüber verlangen.

Der angefochtene Vertrag enthält jedenfalls keine Schenkung auf den Todesfall, er ist ein zweiseitig oneroses Rechtsgeschäft, durch welches dem B. gewisse Verpflichtungen auferlegt worden sind, für deren Uebernahme die Ueberlassung des Vermögens, und zwar nicht erst auf Ableben des Pf. hin, sondern mit dem Recht zu sofortiger Anhandnahme, den Gegenwerth bilden musste. Diese von B. übernommenen Verpflichtungen hätten diesen Gegenwerth, das Vermögen des Pf., bei langer Lebensdauer des letztern ebenso leicht bedeutend übersteigen können, als sie jetzt unter demselben stehen geblieben sind.

Der streitige Vertrag verdeckt aber auch kein Vermächtniss. Nach Art. 56 Erbgesetz ist das Vermächtniss ein nach gesetzlicher Vorschrift erklärter letzter Wille, und da es eine letzte Willenserklärung begreift, steht es nach Art. 86 Erbgesetz in des Erblassers freiem Willen, solches bis zu seinem Tode zu verändern oder auch ganz zu vernichten. Nach Art. 111 Ziff. 3 verliert das Vermächtniss seine Kraft und wird als nichtig betrachtet, wenn der Erblasser, auch ohne es ausdrücklich widerrufen oder vernichtet zu haben, das Eigenthum dessen, was er vermacht hatte, wie immer veräusserte oder vernichtete. Der streitige Vertrag dagegen ist ein zweiseitiger; als solcher konnte er von Pf. nicht einseitig widerrufen werden. Er enthält daher nicht einen erst auf's Ableben hin erklärten letzten Willen. Pf. war durch denselben sofort und bleibend gebunden, selbst wenn er bis zu seinem Ableben wieder andern Willens geworden wäre.

Der streitige Vertrag ist auch kein Erbvertrag, durch welchen nach Art. 114 Erbgesetz ein Kontrahent dem andern oder beide einander wechselseitig gegen bestimmte Leistungen Rechte auf die künftige Verlassenschaft einräumen. Nun hat Pf. nicht seine künftige Verlassenschaft an B. abgetreten, sondern sein Vermögen, wie es zur Zeit der Vertragserrichtung bestund. Dafür spricht schon die Bestimmung, dass

B. dem Pf. 300 Fr. zur Verfügung zu stellen habe. Wäre die Vermögensabtretung erst auf's Ableben des Pf. hin und sonach das Vermögen des Pf. bis zu dessen Ableben noch in dessen Verfügung verbleibend verstanden gewesen, so hätte sich Pf. nicht besonders ausbedingen müssen, dass ihm B. 300 Fr. zur Verfügung zu stellen habe. Pf. hätte ja die 300 Fr., wie sein ganzes übriges Vermögen, bis zu seinem Ableben gar nicht aus seiner Verfügung entlassen.

---

56. *Vente. Retard dans la livraison; désistement de l'acquéreur; inadmissibilité. Art. 234 C.-O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 22 décembre 1885 dans la cause Vulliez c. Vulliens.

En fait, le demandeur, domicilié à Crans (Vaud), a acheté du défendeur à Genève, le 31 octobre 1885, une vache pour le prix de 425 fr. L'animal devait être expédié à son acquéreur le jour même de la vente.

L'expédition n'ayant pas eu lieu, Vulliez télégraphia à Vulliens, ledit 31 octobre, à 8 h. 35 m. du soir, qu'il pouvait garder la vache, lui en restituer le prix et lui payer ses frais. Le lendemain, 1er novembre, le défendeur se rendit à Crans, chez le demandeur. Après explications, Vulliez revint sur le contenu de son télégramme de la veille, et il fut entendu que la vache lui serait envoyée de Genève, le 2, de façon à arriver à la gare de Céligny à 11 h. 15 m. du matin.

La vache lui a bien été expédiée le 2 novembre convenu, mais est partie avec le train de 2 h. après midi, et pas avec celui de 10 h. du matin. Une dépêche fut adressée au demandeur avant 11 h. 15 m. du matin, l'avisant du retard dans l'expédition. Uniquement à raison de ce retard de quelques heures, Vulliez a refusé de prendre livraison de l'animal et l'a retourné à Genève, où il est resté en fourrière aux écuries de la Voie creuse.

En droit, considérant que ce n'est qu'en matière de commerce que, lorsque la convention fixe un terme pour la livraison, l'acheteur est présumé avoir le droit de se départir du contrat, sans autre formalité, dès que le vendeur est en demeure (art. 234 C.-O.);

Attendu que la vente consentie par Vulliens à Vulliez ne présente pas un caractère commercial; que le demandeur ne saurait, dès lors, prétendre bénéficier de la présomption établie par l'art. 234 C.-O.;

Attendu, au surplus, que Vulliez, non seulement ne justifie point, mais n'allègue pas seulement avoir souffert un dommage quelconque ensuite du court retard apporté dans l'expédition de sa vache ;

Que son refus d'en prendre possession et sa réexpédition à Genève, sans autre formalité, sont des actes que n'autorisait pas la loi, qu'un préjudice causé ne motive pas, et qui ne sont dus qu'à un accès de mauvaise humeur et, par conséquent, ne sont pas de nature à déterminer une décision conforme à celle pursuivie par le demandeur ;

P. c. m., le Tribunal déboute le demandeur de toutes ses conclusions.

---

57. *Miethe und Pacht. Wirthschaftspatentgebühren gehören nicht zu den Lasten und Abgaben der Art. 282 und 302 O.-R.*

**Baselland.** Urtheil des Obergerichts vom 29. Januar 1886 i. S. Gürtler c. Brändlin.

Der Beklagte pachtete im Sommer 1884 vom Kläger die diesem eigenthümlich gehörende Holeeschlosswirthschaft in Binningen und übernahm dieselbe mit 1. August gl. J. Der am 21. August 1884 ausgefertigte Pachtvertrag setzte dafür mit Inbegriff des Wirthschaftsmobiliars einen Pachtzins von Fr. 350 per Quartal fest und bestimmt im Uebrigen, dass die im schweizerischen Obligationenrecht über Pacht und Miethe niedergelegten gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen sollen. Ueber die Bezahlung der Patentgebühr ist darin nichts enthalten. Nun sind die Parteien wegen Bezahlung derselben in Streit gerathen. Die Patentgebühr für das Jahr 1885 mit Fr. 200 wurde nämlich vom Beklagten der in Baselland geltenden Ordnung entsprechend vorausbezahlt. Nachher hat derselbe den Betrag der Patentgebühr von dem Pachtzins für das Jahr 1885 abgezogen. Der Kläger verlangt nun volle Entrichtung des Pachtzinses, während der Beklagte Abweisung der Klage beantragt unter Berufung auf Art. 282 und 302 O.-R. und indem er ferner behauptet, es sei in Baselland, speziell in Binningen Usus, dass bei solchen Wirthschaftsverpachtungen der Verpächter die Patentgebühr bezahle.

Das Bezirksgericht Arlesheim hat die Klage für begründet erklärt. Die vom Beklagten gegen dieses Urtheil ergriffene Berufung wurde vom Obergericht verworfen.

Motive: Es ist allgemein gebräuchlich, dass die Patentgebühr von demjenigen, der eine Wirthschaft als Gewerbe auf seinen Namen und für seine Rechnung betreibt, als eine

ihn persönlich belastende Gewerbsabgabe entrichtet wird. Der Beklagte hat dieselbe denn auch der zur Zeit in Baselland geltenden Ordnung entsprechend zum Voraus an die Staatsbehörde entrichtet. Für seine Behauptung, dass in Baselland, speciell in Binningen, ein anderer Gebrauch bestehe, hat er keinen Beweis zu erbringen vermocht. Ebensowenig hat er den Versuch gemacht, gestützt auf den Pachtvertrag oder sonstwie zu behaupten, dass im vorliegenden Falle der Kläger entgegen dem allgemein geltenden Gebrauche die Patentgebühr zu seinen Lasten übernommen habe.

Die Vorschriften der Art. 282 und 302 des schweizerischen Obligationenrechts, wonach — wenn unter den Vertragsparteien nichts Anderes vereinbart wurde — der Vermiether bezw. der Verpächter die auf dem Mieth- resp. Pachtgegenstand haftenden Lasten und Abgaben zu tragen hat, können selbstredend nur auf solche Lasten und Abgaben bezogen werden, die direkt vom Vertragsgegenstand selbst und ohne Rücksicht auf das Gewerbe, welches der Miether oder Pächter in den gemietheten oder gepachteten Lokalitäten betreibt, zu leisten sind. Als solche Lasten dinglicher Natur qualificiren sich z. B. Gemeindefrohnen von Liegenschaftsbesitz, Vermögens- oder Grundsteuern auf Immobilien, Brandsteuern, Beiträge an Dohlen und Trottoirs, während im Gegensatz dazu die Wirthschaftspatentgebühr als Berechtigungsabgabe zum Gewerbebetrieb als Wirthschaft vielmehr eine den Miether resp. Pächter treffende Personallast darstellt, hauptsächlich darum, weil die staatliche Bewilligung zu solchem Geschäftsbetrieb vorzugsweise durch gewisse persönliche Eigenschaften des Bewerbers bedingt ist. Daran vermag der Umstand, dass mit dem Lokale auch zugleich das Wirthschaftsmobiliar mit in Pacht gegeben worden war, nichts zu ändern. Der Beklagte war somit nicht berechtigt, bei Bezahlung des Pachtzinses pro 1885 die für das gleiche Jahr vorausprästirte Patentgebühr in Abzug zu bringen.

---

58. *Retentionsrecht des Vermiethers. Dasselbe erlischt bezüglich derjenigen Sachen, welche dritten Personen und nicht dem Miether gehören, mit dem Momente, auf welchen der Vermiether nach empfangener Kenntniss vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses laut Vertrag oder Gesetz herbeizuführen berechtigt war. Art. 294 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 14. November 1885 i. S. Spahn c. Krauer.

Motive: Es ist davon auszugehen, dass wenn der Eigen-

thümer eines Hauses ein Miethverhältniss in gutem Glauben eingeht, die vom Miether besessenen Mobilien seien dessen Eigenthum und es bestehe also für ihn, den Vermiether, die Möglichkeit, durch Ausübung des vom Gesetz bestimmten Retentionsrechtes, auf diese Mobilien zur Deckung des Miethzinses zu greifen, diese nach dem Gesetz mit dem Zeitpunkt des Beginnes der Miethe begründete Möglichkeit der Sicherstellung nicht schon dadurch untergeht, dass nachträglich während der Dauer der Miethe diese Mobilien vom Miether einem Dritten zu Eigenthum übertragen werden, oder zum Vorschein kommt, dass dieselben schon bei Beginn der Miethe Eigenthum des Dritten gewesen seien. Die Ausübung des Retentionsrechtes bleibt vielmehr nach Art. 294 O.-R. dem Vermiether, auch wenn eine dieser letztbezeichneten Voraussetzungen eintritt, gesichert. Dagegen ist als Sinn der angerufenen Gesetzesbestimmung anzusehen, dass dem Vermiether die Ausübung des Retentionsrechtes an fremden Sachen nur auf die Zeit hat zugesichert werden wollen, während welcher er vertraglich gehalten ist, dem Miether das Miethobjekt zum Gebrauch zu überlassen und die Gefahr zu laufen, dass der Zins nicht richtig werde bezahlt werden. Nur während dieser Zeit kann er in Treu und gutem Glauben annehmen, dass ihm auch durch die, wie nachträglich sich zeigt, dritten Personen gehörenden Illaten Sicherheit für den Miethzins von Gesetzeswegen geboten sei; setzt er, ohne vertraglich dazu verpflichtet zu sein, aus freiem Willen und in Kenntniss dessen, dass die Illaten dritten Personen gehören, das Miethverhältniss fort, so ist anzunehmen, er thue diess trotz des Bewusstseins, dass ihm diese Illaten nicht als Deckung dienen, und es wird diess dann der Fall sein, wenn der Vermiether nach Ablauf der verabredeten Miethzeit den Miethvertrag erneuert, oder es unterlässt, ein ihm vertraglich eingeräumtes Recht der Kündigung auszuüben, oder endlich, wenn derselbe von dem ihm durch Vertrag oder Gesetz (Art. 287 O.-R.) zugesicherten Recht, wegen ungenauer Entrichtung des Miethzinses die Ausweisung des Miethers zu verlangen, keinen Gebrauch macht.

---

59. *Droit de rétention du bailleur. Séquestre sur les meubles enlevés par le locataire. Art. 294 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 15 décembre 1885 dans la cause Staiger c. Dizerens.

L'art. 690 § b du code de procédure civile vaudois confère au bailleur le droit d'imposer séquestre sur les biens

meubles et récoltes qui garnissent les lieux loués, pour le prix de loyers ou fermages. A teneur de l'art. 1578 § 1° du code civil, le propriétaire conserve son privilège encore pendant un certain temps, même si les meubles affectés à la garantie ont été enlevés, pourvu toutefois que le déplacement ait eu lieu sans son consentement.

Fondé sur ces dispositions et pour être payé d'un loyer de 200 fr., Staiger a pratiqué un séquestre au préjudice de son locataire Dizerens, notamment sur les meubles déposés dans la maison Damond et Hansjacob.

Au moment de l'exécution du séquestre, le mobilier saisi ne garnissait plus les lieux loués.

Tout en se reconnaissant débiteur des 200 fr. réclamés, Dizerens a conclu à la nullité du séquestre, celui-ci étant irrégulier.

Le Juge de paix du cercle de Morges a prononcé la nullité du séquestre, attendu que, aux termes de l'art. 294 C. O, le bailleur d'un immeuble n'a qu'un droit de rétention sur les meubles qui garnissent les lieux loués.

Le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et maintenu le séquestre.

Motifs: Attendu que Dizerens, pour opposer au séquestre pratiqué contre lui, s'est borné à invoquer les dispositions de l'art. 294 C. O.

Considérant, à ce sujet, que ni le liquidateur de la faillite Dizerens, ni les propriétaires des locaux où étaient déposés les meubles saisis par Staiger, n'ont opposé au séquestre en cause.

Attendu que Dizerens a reconnu devoir à Staiger 200 fr. à titre de loyer.

Considérant, dès lors, qu'il s'agit, en l'espèce, de relations entre le propriétaire et le locataire seuls, les droits des tiers n'étant point en cause.

Que l'art. 294 C. O. n'est dès lors point applicable.

Attendu qu'il ressort des faits de la cause que Dizerens a enlevé sans l'assentiment de Staiger les meubles qui garnissaient les lieux loués par ce dernier et constituaient la garantie du loyer.

Que, dès lors, pour maintenir ses droits, Staiger devait agir suivant les voies de procédure conservatoire prévues par la loi vaudoise.

Qu'ainsi le séquestre était fondé.

60. *Cautionnement donné pour garantie d'un loyer. Renonciation du bailleur au droit de rétention. Libération de la caution. Art. 294 et 508 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 26 janvier 1886 dans la cause Mangisch c. Gaudin et Niess.

Gaudin et Niess, à Lausanne, ont loué à Auguste Maillard, en cette ville, un appartement. Maillard n'ayant pas payé son loyer, des poursuites ont d'abord été pratiquées contre lui, puis les bailleurs y ont renoncé, le locataire leur ayant, le 16 avril 1884, souscrit une reconnaissance de dette pour le solde redû par lui. Il fut stipulé dans cet acte que les créanciers garderaient le privilège que la loi leur accorde sur les meubles qui garnissent l'appartement. De plus, Maillard convint avec ses propriétaires de résilier son bail pour le 25 juin 1884. Cette date approchant sans que Maillard fût en mesure de payer, le locataire obtint que Emilien Mangisch se portât sa caution solidaire pour la reconnaissance de dette souscrite à Gaudin et Niess; ce cautionnement, faisant l'objet d'un acte séparé du 23 juin 1884, fut accepté par les bailleurs.

Ne pouvant obtenir leur paiement de Maillard, Gaudin et Niess ont pratiqué une saisie contre la caution Mangisch en vertu de l'acte du 23 juin 1884.

Mangisch a opposé à cette saisie, par le motif que les bailleurs avaient laissé déménager Maillard sans exercer leur droit de rétention sur ses meubles, vendus depuis pour 221 fr. En conséquence, Mangisch a conclu à ce que la saisie fût réduite d'une somme égale.

Le Juge de paix du cercle de Lausanne ayant écarté l'opposition de Mangisch, celui-ci a recouru au Tribunal cantonal, qui a reduit la saisie de Gaudin et Niess de la somme de 221 fr., libre cours lui étant laissé pour le surplus.

Motifs: Considérant que la cédule souscrite par Maillard le 16 avril 1884 dit que ce titre „ne constitue pas novation" et que „les créanciers conservent le privilège que la loi leur accorde sur les meubles qui garnissent l'appartement en cause."

Attendu que, le 23 juin 1884, Mangisch s'est porté caution solidaire de Maillard, pour le paiement de la cédule prémentionnée.

Considérant qu'il n'est pas établi que Mangisch ait connu la convention intervenue entre Maillard et ses propriétaires, convention à teneur de laquelle, moyennant ce cautionnement, Maillard pourrait enlever ses meubles de l'appartement loué.

Que les termes mêmes de la cédule dont Mangisch se portait caution étaient de nature à l'induire en erreur, puisque cet acte réservait formellement le privilège du bailleur sur les meubles garnissant les lieux loués.

Qu'en n'avertissant pas Mangisch qu'ils avaient renoncé au droit de rétention que leur conférait aussi bien la loi (art. 294 C. O.) que le texte de la cédule du 16 avril 1884, Gaudin et Niess ont commis à son égard une faute qui engage leur responsabilité.

Attendu que les meubles soustraits au privilège des bailleurs ont été vendus pour le prix de 221 fr.

Attendu que Gaudin et Niess n'ont pas établi quelle somme Maillard avait retirée pour les meubles insaisissables d'après la loi.

Qu'ainsi, en autorisant l'enlèvement des meubles en cause, Gaudin et Niess ont diminué au préjudice de Mangisch les sûretés que ce dernier pouvait légitimement croire afférentes à la dette au moment où le cautionnement a été fourni.

Que le préjudice résultant pour Mangisch de la faute commise à son égard par Gaudin et Niess est de 221 fr., somme que Maillard a retirée des meubles en question.

Vu l'art. 508 C. O.

---

61. *Werkvertrag. Haftung des Unternehmers für Mängel. Art. 356 und 361 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 27. Januar 1886 i. S. A. Häberlin c. F. Manz.

Durch Werkvertrag vom 26. April 1885 übernahm der Appellat vom Appellanten die Erstellung folgender Arbeiten: Stützmauer zur Einzäunung des Gartens (Fundament mindestens 30 cm. unter die Strassenkrone zu legen), Sockel zu beiden Seiten der Hausthüre (auf entsprechendem Fundamente), 4 grosse und 4 kleine Säulen als Thür- und Eckpostamente, 4 Radabweiser und 4 Postamente für die Thüren, wenigstens 60 cm tief zu versetzen. Zu sämmtlichen Arbeiten seien nur durchaus gute wetterbeständige Steine von gleicher Farbe zu verwenden und sei das Ganze solid und kunstgerecht auszuführen. Der Akkordpreis wurde auf Fr. 850 festgesetzt, zahlbar nach Beendigung und Richtigfinden der Arbeit.

Die Arbeit wurde bei trockener Witterung im August ausgeführt. Gegen Ende dieses Monats bezahlte der Appellant dem Appellaten die Akkordsumme. Als dann kurz darauf Regenwetter eintrat, zeigten sich verschiedene Mängel an der Arbeit. Appellant verlangte vergeblich, dass Appellat

Abhülfe schaffe. Auf Ansuchen des Appellanten ordnete das Gerichtspräsidium Kreuzlingen unterm 16. Oktober 1885 eine Expertise darüber an, ob die Arbeit vom Appellaten vertragsgemäss, d. h. solid und kunstgerecht, ausgeführt worden sei. Die Expertise konstatirte erhebliche Mängel. Die Maurerarbeit sei keineswegs solid erstellt, indem bei der Stützmauer das Fundament, wenn auch mehr als 30 cm. unter der Strassenkrone liegend, doch nicht tief genug sei. Die Sockel seien auch nicht entsprechend fundamentirt und die Säulen und Radabweiser nicht genügend fest versetzt. Wolle den Uebelständen gründlich abgeholfen werden, so müsse die ganze Stützmauer abgetragen und müssten die Säulen und Radabweiser wieder ausgehoben werden. Nach Ausführung der Fundamente von genügender Stärke seien die Quader wieder zu versetzen und die Säulen und Radabweiser zu stellen und solid einzumauern. Die Kosten dieser Abänderungen sind auf Fr. 314. 28 veranschlagt.

Appellant verlangte nun, dass Appellat auf eigene Kosten diesen Mängeln abhelfe. Appellat verweigerte das, indem er behauptete, er habe das Werk vertragsgemäss erstellt, keine Garantie für dessen Haltbarkeit übernommen, und es sei auch die Arbeit vom Appellanten durch die Bezahlung acceptirt worden.

Die erste Instanz wies die Klage ab. Die Fundamentirung der Stützmauer sei allerdings mangelhaft, dagegen entsprechend den Bestimmungen des Vertrages, so dass den Appellaten keine Haftbarkeit treffe. Die Säulen und Radabweiser seien, weil unsolid erstellt, allerdings mangelhaft und vertragswidrig. Dagegen habe Appellant durch vorbehaltlose Ausbezahlung der Akkordsumme das Werk angenommen und seien desshalb seine Bemängelungen verwirkt. Es stünden keine Fehler in Frage, welche bei einer Prüfung der Arbeit nicht bemerkbar gewesen wären. In Rücksicht darauf, dass die Arbeit des Appellaten theilweise mangelhaft gewesen sei, wurden die Parteikosten wettgeschlagen.

Das Obergericht erklärte die Appellation des Klägers für begründet.

Motive: Massgebend für den richterlichen Entscheid ist der Bauvertrag vom 26. April 1885. Nach demselben hat sich der Appellat verpflichtet, die übernommenen Arbeiten solid und kunstgerecht auszuführen. Aus der gerichtlichen Expertise ergibt sich, dass der Appellat dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Weder die Stützmauer noch die Sockel sind genügend fundamentirt und die Säulen und Rad-

abweiser sind nicht genügend fest versetzt. In Bezug auf die Stützmauer will sich der Appellat darauf berufen, dass der Werkvertrag vorschreibe, ihr Fundament sei mindestens 30 cm. unter die Strassenkrone zu legen, und dieser Bestimmung habe er Genüge gethan. Diese Einrede ist unbegründet. Appellat hat kunstgerechte und solide Arbeit zugesagt, und wenn er fand oder finden musste, dass das in Aussicht genommene Fundament wegen des Baugrundes nicht genüge, so hatte er nach Art. 356 des Obligationenrechts dem Besteller ohne Verzug Anzeige davon zu machen, widrigenfalls die nachtheiligen Folgen ihm zur Last fallen. Die Anzeige hat er nicht gemacht, somit ist er verantwortlich. Uebrigens deutet auch die Fassung des Bauvertrages, das Fundament sei mindestens 30 cm. tief zu legen, darauf hin, dass man ein entsprechendes, genügendes Fundament haben und nur das Minimum der Tiefe desselben vorschreiben wollte.

Appellat beruft sich im Wesentlichen darauf, der Appellant habe durch Zahlung des Akkordpreises die Arbeit abgenommen und richtig befunden. Allein es kann nicht bestritten werden, dass die Mängel in der Fundamentirung während des trockenen Wetters vor der Zahlung nicht zu Tage traten. Sie zeigten sich erst später und da ist nach Artikel 361 des Obligationenrechts die Bemängelung noch zulässig, weil die Anzeige der Mängel sofort nach der Entdeckung erfolgte. Die Mängel waren vorher verborgene. Es ist Appellat pflichtig, Abhülfe zu schaffen und zwar — da die Expertise im Speziellen nicht angefochten ist — nach Massgabe derselben.

---

62. *Haftung des Stallwirths ex recepto. Art. 486 und 488 O.-R.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 14. Juli 1885 i. S. Benoit c. Furrer.

Der Landwirth Benoit von Romont fuhr am 3. April 1884 nach Biel zu Markte und stellte sein Pferd in den Stall des gewerbsmässigen Stallhalters Furrer ein. Letzterer war nicht anwesend, wohl aber ein Knecht Namens Schlup, welcher an diesem Tage den Stall besorgte. Als das Pferd später aus dem Stall geführt wurde, war es in Folge eines von einem andern Pferde erhaltenen Schlages lahm, konnte nicht mehr vor den Wagen gespannt, sondern musste in langsamem Schritt nach Hause geführt werden (ca. 2 Stunden weit). Dort ging es am Wundfieber zu Grunde. Der von Benoit angestellten Schadenersatzklage gegenüber begnügte

sich Furrer, das Vorhandensein aller thatsächlichen Voraussetzungen zu verneinen.

Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Vorliegende Schadenersatzklage stützt sich auf die Art. 486 und 488 O.-R. und es hat sich der Beklagte darauf beschränkt, das thatsächliche Fundament zu verneinen, ohne selbständige Schutzbehauptungen (Einreden) aufzustellen, so dass einzig zu prüfen ist, ob und wieweit dem Numa Benoit der Beweis der klagbegründenden Thatsachen gelungen ist. Was zunächst die zu Art. 1 der Klage angebrachte Bestreitung der Eigenschaft des Schlup als Knecht des Beklagten betrifft, so steht jedenfalls so viel fest, dass Schlup am 3. April 1884 den Stall des Furrer besorgte, und diess genügt nach den angeführten gesetzlichen Bestimmungen, um den Beklagten, der zugestandenermassen Stallhalter ist, für einen dem Kläger aus der Beschädigung seines Pferdes in gedachtem Stall entstandenen Schaden haftbar zu machen. Weiter wird das Einbringen des Pferdes in den Stall des Beklagten verneint. Nun sagt aber der Zeuge Wegmüller zu Art. 6 bestimmt aus, er habe gesehen, dass das Pferd des Benoit aus dem Stalle des Furrer herausgeführt wurde, und der Zeuge Rächer erklärt zu Art. 4, er habe gesehen, dass das Pferd geschlagen war, als man es vor den Stall herausführte; aus diesen Depositionen muss denn doch der Schluss gezogen werden, dass das fragliche Pferd vorher in den Stall eingebracht worden war. Bewiesen ist ferner auch die in Art. 7 der Klage erwähnte Gutsprache des Schlup gegenüber dem Kläger, dagegen fehlt allerdings der Beweis der Bezahlung eines Futtergeldes, was aber Angesichts des Umstandes, dass der Beklagte das Gewerbe eines Stallhalters betreibt, als unerheblich erscheint. Im Weitern hat der Beklagte auszuführen versucht, es sei die Klage insofern ungenügend substanziirt, als darin die Behauptung fehle, dass das Pferd unbeschädigt in den Stall gebracht worden sei. Abgesehen davon, dass schon die Natur der Sache gegen die Annahme streitet, das Pferd sei vom Kläger in dem bedenklichen Zustande von Lahmheit, worin es später betroffen wurde, nach Biel gebracht worden, wäre es doch wohl Sache des Beklagten gewesen, von seiner Haftung sich dadurch zu befreien, dass er schutzbehauptungsweise die Lahmheit des Pferdes im Momente seines Einbringens geltend machte. Zu erledigen ist noch die Frage nach der Identität des eingebrachten und des später umgestandenen Pferdes. Die Zeugenaussagen haben auch diesen Punkt ausser Zweifel gestellt.

Der Causalzusammenhang zwischen dem erhaltenen Schlage und dem Tode des Pferdes sodann ist nach dem Berichte des Thierarztes Eggli und dem Sektionsberichte des Thierarztes Flückiger als hergestellt zu betrachten und es wäre somit bloss noch das Mass des Schadens festzusetzen. Derselbe wurde auf Fr. 600, den Minimalansatz des von den Zeugen konstatirten Werthes von Fr. 600—700 bestimmt, in Berücksichtigung des Umstandes, dass ein Verschulden des Beklagten nicht nachgewiesen worden ist.

---

63. *Opérations à terme sur des marchandises. Action en paiement du vendeur. Exception de jeu.* Art. 512 C.-O.

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 20 janvier 1886 dans la cause Post et Lappé c. Titzck et Cie.

G. A. Post et Th. Lappé, à Rolle, ont donné à la maison Titzck et Cie, au Hâvre, plusieurs ordres d'achat de cotons, l'opération se faisant à terme. Le compte de ces achats, qui ont été reportés plusieurs fois, soldait au 28 juin 1884 par 1420 fr. en faveur des vendeurs.

De son côté, Lappé a encore fait pour son compte personnel divers achats de coton par l'intermédiaire de Titzck et Cie; ensuite de reports successifs, son compte s'élevait au 31 décembre 1884 à 10,297 fr. 25 cent., somme dont il faut déduire deux envois de 1000 fr. chacun, faits à la maison du Hâvre à titre de couverture (déposit original).

Des difficultés étant nées entre parties, Titzck et Cie ont ouvert action à Post et Lappé, aux fins de faire prononcer qu'ils sont leurs débiteurs solidaires de 1420 fr., et à Lappé, personnellement, pour le faire condamner au paiement de 8297 fr. 25 cent.

Lappé et Post ont conclu à libération, en se fondant sur l'art. 512 C.-O. et sur ce que Titzck et Cie n'auraient pas tenu leurs engagements. Post a en outre conclu subsidiairement à ce que la conclusion prise contre lui soit réduite à 420 fr., par le motif que l'une des sommes de 1000 fr. envoyées aux demandeurs l'aurait été à titre de couverture pour les opérations faites en commun par les deux défendeurs.

Le Tribunal du District de Rolle a admis en plein les conclusions de Titzck et Cie.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement en ce sens que les demandeurs sont complètement déboutés de leurs conclusions contre Lappé, qui s'est prévalu de l'exception de jeu, et que Post n'est reconnu débiteur que de 420 fr., cette exception n'ayant pas été invoquée par lui.

Motifs: *Sur le moyen de fond de Post et Lappé,*

Considérant que les circulaires de Titzck et Cie renferment ce passage: «Par principe, nous n'avançons pas d'argent pour les affaires à terme».

Attendu que, dans l'espèce actuelle, Titzck et Cie n'ont pas exigé une couverture immédiate après chaque opération.

Mais attendu que cette circonstance n'autorise point leurs clients qui ont accédé à cette dérogation aux conditions posées par les circulaires à prétendre que Titzck et Cie n'ont pas observé les clauses contractuelles qui les liaient.

Qu'en effet, il y a là une modification réciproquement acceptée de part et d'autre, Titzck et Cie n'ayant fait que renoncer à une condition inscrite en leur faveur dans leurs prospectus.

Considérant, d'autre part, que Lappé n'a point invité Titzck et Cie à correspondre avec Post.

Qu'il ne leur a indiqué aucun représentant autorisé à traiter ou même à recevoir sa correspondance pendant qu'il était en Amérique.

Que Titzck et Cie ont écrit à diverses reprises à Lappé à Rolle.

Que, si leurs lettres n'ont point été transmises à Lappé, ils n'en sont point responsables.

Attendu enfin que, passant au Hâvre, Lappé a donné à Titzck et Cie ordre discrétionnaire de vendre ou reporter au mieux de ses intérêts.

Que, par lettre du 9 juillet 1884, datée de Tack Saddle au Texas, Lappé écrivit aux intimés de garder jusqu'au dernier moment les 200 balles et éventuellement de les reporter comme il avait été convenu entre eux.

Qu'ainsi Lappé n'est aucunement fondé à prétendre que Titzck et Cie n'ont pas exécuté ses ordres.

*Quant à l'exception de jeu soulevée par Lappé,*

Attendu que Lappé n'est pas négociant en cotons et n'avait nul besoin de cette marchandise.

Qu'il ressort de l'ensemble des circonstances de la cause qu'il n'a jamais eu intention de prendre livraison des marchandises qu'il commandait.

Qu'ainsi il a toujours fait reporter.

Qu'à son départ pour l'Amérique il a donné ordre de vendre ou reporter au mieux.

Qu'étant en Amérique et prévoyant une hausse, il a écrit à Titzck et Cie de garder jusqu'au dernier moment et éventuellement de reporter.

Que jamais Lappé n'a parlé de prendre livraison, mais a constamment fait reporter ou a laissé reporter.

Attendu, en outre, que sous date du 20 mars 1884 Lappé et Post, commandant à Titzck et Cie un achat de 100 balles, disaient déjà:

„Pour les différences possibles, nous nous déclarons solidaires envers vous."

Qu'ainsi, dès l'origine de leurs relations avec les intimés, ils ont clairement manifesté l'intention de ne spéculer que sur des différences.

Qu'il résulte ainsi de l'ensemble de ces faits que Titzck et Cie ont su que Lappé et Post voulaient se livrer à un jeu.

*Quant à la conclusion subsidiaire de Post,*

Considérant que Lappé et Post ont fait une première opération le 21 mars 1884.

Qu'ils ont versé à titre de couverture et pour cette opération spécialement la somme de 1000 fr.

Que, dès lors, Lappé a suivi seul aux opérations.

Qu'ainsi l'on doit imputer cette somme de 1000 fr. au compte de cette première opération.

---

64. *Opérations de bourse à terme. Billet de change souscrit en couverture des différences. Contre-lettre non opposable aux tiers. Exception de jeu.* (*Art. 16, 512 et 513 C.-O.*)

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 13 janvier 1886 dans la cause Bolomey c. Union vaudoise du Crédit.

Le 10 mars 1884, Henri Bolomey, à Lutry, a souscrit à l'ordre de l'Union vaudoise du Crédit, à Lausanne, sept billets à l'échéance du 10 mai, du capital de 50,000 francs chacun.

Le 11 mars, L. Curchod, alors directeur de l'Union vaudoise, a délivré à Bolomey un reçu de ces sept billets, stipulant qu'à l'échéance leur montant, soit la somme de 350,000 fr., serait reporté au débit du compte-courant de Bolomey et que les billets lui seraient rendus. Cette convention avait apparemment pour but de tromper les conseils et les vérificateurs de l'Union du Crédit sur l'élévation anti-statutaire du compte Bolomey. Curchod a d'ailleurs été condamné quelque temps après pour abus de confiance au préjudice de l'établissement qu'il dirigeait, soit pour avoir disposé des deniers de l'Union en vue d'opérations de bourse désastreuses.

L'Union du Crédit ayant pratiqué des saisies en vertu des sept billets de 50,000 fr. chacun, Bolomey a opposé en se fondant sur les deux moyens suivants :

1. Les sept billets n'ont eu qu'une durée temporaire du 10 mars au 10 mai 1884. A leur échéance, il y a eu novation, conformément à la convention du 11 mars, les billets étant éteints et les 350,000 fr. rentrant dans le compte-courant. Or, on ne peut saisir en vertu d'un compte-courant.

2. Le compte dont le paiement est réclamé à Bolomey est un compte de jeu. Les billets, souscrits en couverture d'opérations de jeu, ne donnent pas lieu à une action en justice (art. 512 et 513 C.-O.).

L'Union du Crédit a conclu à libération et au maintien de ses saisies; subsidiairement, à ce que l'exception de jeu ne soit admise que pour une partie du montant des billets.

Le Tribunal du District de Lavaux a écarté le premier moyen d'opposition, mais a admis le second, tiré du jeu, sauf pour une somme de 3680 fr. 30 cent., dont Bolomey a été reconnu débiteur et pour laquelle les saisies ont été maintenues.

Les deux parties ont recouru contre ce jugement, mais le Tribunal cantonal a écarté leurs recours.

*Motifs :*

Considérant *sur le 1er moyen d'opposition*, qu'il s'agit de savoir si les titres qui fondent la saisie ont été éteints par le reçu du 11 mars et si, comme le prétend Bolomey, l'Union ne pouvait plus faire emploi de ces billets comme titres exécutoires, une novation s'étant opérée par l'effet de l'engagement pris par L. Curchod dans le reçu du 11 mars, à teneur duquel le montant des dits billets devait être reporté au débit du compte-courant de Bolomey.

Attendu que les opérations auxquelles se livrait Bolomey sont attestées par des comptes-courants qui lui ont été ouverts à l'Union par le fait et la volonté seuls de L. Curchod, qui était alors directeur de cet établissement.

Que, pour balancer dans les écritures de l'établissement les pertes résultant de ces opérations, Bolomey a souscrit en faveur de l'Union les sept billets, objet de ce litige.

Que ces sept billets ont figuré au portefeuille de l'Union et lui appartiennent indubitablement à titre de couverture des avances que Bolomey avait obtenues de l'établissement de par la volonté du directeur.

Qu'au contraire, le reçu du 11 mars, signé L. Curchod, est une opération clandestine et secrète, combinée entre

Curchod et Bolomey à l'insu de toute personne intéressée à la bonne administration de l'Union et notamment du conseil de cet établissement.

Qu'ainsi l'engagement de restituer les billets à Bolomey ne peut être opposé à l'Union qui doit être considérée comme un tiers à l'égard de l'acte du 11 mars, dans lequel elle n'est pas intervenue régulièrement.

Qu'en conséquence, l'examen de la cause des billets étant réservé, Bolomey ne peut faire état du reçu du 11 mars pour démontrer que les billets souscrits par lui sont simulés, puisqu'il se trouve en présence d'un tiers de bonne foi en possession d'une reconnaissance écrite de la dette (C.-O. 16).

Qu'au surplus, on ne peut prétendre qu'il y ait simulation en l'espèce en ce qui concerne la création des billets, puisque, ainsi qu'il vient d'être dit, l'Union, créancière des billets, directement souscrits en sa faveur, est étrangère aux manœuvres qui tendaient à en infirmer la valeur.

Que, par ces mêmes motifs, il ne peut être soutenu qu'il y a eu novation, puisque l'Union, créancière des titres, n'a pas consenti à substituer aux billets dont elle est porteur une simple inscription en compte-courant, ce dont Curchod en son nom personnel avait seul pris l'engagement.

Le Tribunal cantonal écarte, sur ce point, le recours de Bolomey.

*Sur le IIe moyen d'opposition:*

Considérant que ce moyen consiste à prétendre que la dette constatée par les sept billets a pour cause le jeu et ne peut donner action en justice (C.-O. 512 et suivants).

Que le Tribunal de Lavaux a admis ce moyen, sauf en ce qui concerne une somme de 3680 fr. 30 dont Bolomey a été reconnu débiteur de l'Union, les saisies de cet établissement étant maintenues jusqu'à concurrence de cette somme et de tous accessoires.

Que l'Union, tout en admettant dans son recours et à cette audience que les opérations auxquelles s'est livré Bolomey doivent être qualifiées opérations de jeu de bourse, se prétend être au bénéfice d'une reconnaissance valable de la dette.

Mais attendu que le paiement d'une obligation de change souscrite à titre de couverture, par l'auteur du jeu, ne peut être poursuivi en justice (C.-O. 513).

Que les sept billets sont indubitablement la reconnaissance, par obligation de change, d'une dette de jeu.

Que ce caractère de la dette résulte du chiffre considérable de la somme des capitaux mis en mouvement par les

opérations de Bolomey à l'Union, de la nature des valeurs sur lesquelles portaient les ordres d'achat et de vente attestés par le «compte Bolomey», du fait qu'ils s'agissait de marchés à terme continuellement et fréquemment reportés, du fait qu'aucun titre n'a jamais été levé par ordre de Bolomey qui n'a pris livraison et n'a reçu de l'Union aucune des valeurs sur lesquelles il jouait; du fait qu'enfin, dans l'esprit des deux parties, les opérations d'achat et de vente de titres ne devaient se résoudre que par des comptes de différences.

Qu'il n'est pas exact de prétendre, ainsi que l'affirme l'Union, que les dits billets ont été souscrits en paiement et en régularisation d'un compte-courant et ne constituent pas la couverture prévue par l'art. 513 C.-O.

Qu'en effet, le mot «couverture» signifie indistinctement, en langage de banque, une garantie donnée pour des opérations à faire et présentant un aléa, ou une reconnaissance d'obligations résultant d'opérations faites.

Que cette double interprétation résulte aussi du texte même de l'article susvisé, qui parle d'une reconnaissance *de dette* souscrite à titre de couverture et se trouve confirmée par le sens exact du texte allemand.

Que, de ces textes, on doit inférer que la couverture peut tout aussi bien consister en une obligation souscrite pour le montant d'une perte dont le chiffre est connu, que pour la quotité éventuelle d'une perte à faire.

Que la véritable cause de l'obligation qui constitue la couverture est, dans l'espèce, de jeu de bourse.

Qu'ainsi l'art. 513, premier alinéa, est applicable au cas actuel.

Attendu, d'autre part, que l'Union doit être considérée comme un des auteurs du jeu faisant la contre-partie de Bolomey et de Curchod, qui spéculaient ensemble au moyen des deniers de l'Union et par son intermédiaire.

Que, s'il est vrai de dire que la participation de l'Union aux opérations de jeu attestées par les comptes-courants ouverts à Bolomey est due à l'influence de Curchod, alors directeur de l'Union, et aux artifices qu'il a employés pour favoriser ces opérations, il n'en est pas moins vrai que les livres, la correspondance de l'Union, le texte même des billets entraînent la responsabilité de l'établissement et le constituent partie dans les jeux de bourse qui ont eu lieu.

Que cet argument n'est point détruit par le fait, admis ci-dessus, que l'acte du 11 mars est l'œuvre de Curchod en son nom personnel, et qu'à l'égard de cet acte l'Union serait

un tiers de bonne foi à qui la simulation des billets ne peut être opposée.

Qu'en effet, si les billets, simulés entre Curchod et Bolomey, demeurent pour l'Union des obligations ayant une existence réelle, il est cependant permis d'examiner quelle est la cause de ces obligations.

Qu'en l'espèce, il a été entrepris des preuves en vue d'établir que la cause véritable des billets était le jeu.

Que ces preuves ont abouti pour la plus grande partie de la somme en litige.

Qu'ainsi, et bien que les billets ne soient ni simulés à l'égard de l'Union, ni détruits par novation, il n'en reste pas moins vrai qu'en raison de la cause même de l'obligation qu'ils constatent, ils ne peuvent donner aucune action en justice à celui en faveur de qui ils ont été souscrits.

Le Tribunal cantonal écarte le recours de l'Union.

*Examinant les moyens subsidiaires :*

Quant au recours de Bolomey critiquant la sentence des premiers juges qui le reconnaît débiteur de 3680 fr. 30:

Attendu qu'en cours de litige, il a été procédé à une expertise qui a porté sur toutes les opérations consignées dans les livres de l'Union, soit au crédit soit au débit de Bolomey.

Qu'il est résulté de cet examen, auquel les parties ont été conviées, que la somme de 3680 fr. 30 résulte d'opérations antérieures aux opérations de jeu, mais est demeurée comprise dans le compte-courant et se confond dans les sept billets de change, avec le débit considérable que le jeu de bourse a mis à la charge de Bolomey.

Que ce fait n'infirme point la validité de cette partie de la dette et que c'est à bon droit que le Tribunal de Lavaux a laissé subsister les titres en litige pour une valeur de 3680 fr. 30,

Le Tribunal cantonal écarte le recours de Bolomey.

Quant au recours de l'Union, tendant à obtenir subsidiairement d'être reconnue créancière de 51,952 fr. 20, ou, plus subsidiairement encore, de 36,500 fr.:

Considérant que si Bolomey a touché à la caisse de l'Union, en espèces, les valeurs ci-dessus, il est établi, d'autre part, qu'il a fait ces prélèvements ensuite d'opérations de bourse qui soldaient en sa faveur.

Qu'ainsi, il a touché des bénéfices provenant du jeu.

Que l'Union ne peut pas davantage avoir une action en

justice pour répéter ce qu'elle a perdu que pour demander ce qu'elle a gagné.

Le Tribunal cantonal écarte aussi le recours de l'Union.

---

65. *Collectivgesellschaft. Art. 583 Abs. 2 O.-R. bezweckt die Sicherung des Anspruchs der Gesellschaftsgläubiger auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen mit Ausschluss der Sondergläubiger der einzelnen Gesellschafter.*

**Zürich.** Beschluss der Rekurskammer vom 25. Dezember 1885 i. S. G. Stapfer c. v. Tschudy.

Dem Arrestgesuche eines Gläubigers einer in Liquidation befindlichen Collectivgesellschaft, welche ihre gesammten Aktiven an eine neu gegründete Aktiengesellschaft übertragen hatte und als Gegenleistung lediglich eine gewisse Anzahl Aktien auf dieselbe erhalten sollte, wurde erstinstanzlich in der Weise entsprochen, dass der Aktiengesellschaft bei Vermeidung eigener Haft befohlen wurde, von dem Kaufpreis so viel Werthe zurückzubehalten resp. gerichtlich zu deponiren, als zur Sicherung der Ansprüche des Arrestklägers erforderlich sei. Ein gegen diese Arrestverfügung von den Liquidatoren der Collectivgesellschaft erhobener Rekurs wurde abgewiesen.

Motive: Die Rekurrenten geben selbst indirekte zu, dass sie der in Art. 583 O.-R. statuirten Pflicht, die zur Deckung der bisherigen Gesellschaftsschulden erforderlichen Gelder zurückzubehalten, nicht nachgekommen sind und auch nicht nachkommen wollen. Dass dieser Artikel lediglich im Interesse der Gesellschafter selbst aufgestellt worden sei, wie die Rekurrenten behaupten, ist ganz offenbar unrichtig. Es macht diese Gesetzesbestimmung einer in Liquidation befindlichen Gesellschaft ausdrücklich zur Pflicht, für die gehörige Sicherstellung der Geschäftsschulden zu sorgen. Und welchen Werth die Erfüllung dieser Pflicht für die Geschäftsgläubiger hat, das geht aus den Art. 566, 578 und 587 O.-R. hervor. Würden die bisherigen Gesellschafter das bei der Liquidation resultirende Gesellschaftsvermögen vollständig vertheilen, dann würden sie von den Geschäftsgläubigern allerdings solidarisch belangt werden. Aber des grossen gesetzlichen Vortheils auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen unter Ausschluss der Sondergläubiger der einzelnen Gesellschafter, dessen wären die Gläubiger verlustig geworden, weil eben thatsächlich kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden und der Firma-Konkurs nur noch eine leere Form wäre.

66. *Collectiv- und Commanditgesellschaft. Gemäss Art. 559 und 597 O.-R. ist das Handelsvermögen einer Collectiv- oder Commanditgesellschaft im Verkehre zu behandeln, wie ein von den jeweiligen Gesellschaftern vertretenes Rechtssubjekt. — § 1273 des Zürcher. privatrechtl. Gesetz-Buches ist durch das O.-R. nicht aufgehoben.*

**Zürich.** Beschluss des Kassationsgerichts vom 21. September 1885 i. S. Baumann älter & Cie. c. Fiskus des Kts. Zürich.

Im Jahr 1873 wurde auf Liegenschaften in Höngg ein Schuldbrief errichtet, wobei als Schuldner bezeichnet wurde: „die Firma Baumann älter & Cie., als deren Antheilhaber die Herren Baumann, Schön und Walder erscheinen". Zur Zeit der Errichtung dieses Schuldbriefes war eine Frau Baumann Commanditist und blieb es bis zu ihrem Tode im September 1883; ihre Erben traten nicht an ihre Stelle, sondern wurden ausbezahlt. Am 1. Juli 1883 hörte Schön auf, Collectivgesellschafter zu sein und wurde Commanditär. Dagegen trat am 1. Januar 1882 Herr Sommerhoff als Collectivgesellschafter ein. — Im Dezember 1883 wurde der erwähnte Schuldbrief gelöscht und von der Firma Baumann älter & Cie. ein neuer Schuldbrief in gleichem Betrage wie der frühere errichtet. Irgend ein besonderer Eintrag in das Grundbuch betreffend das Eigenthum an den Unterpfändern des Briefes hatte nicht stattgefunden. Nachträglich — nämlich am 2. Mai 1884, machte aber der Landschreiber des Kreises Höngg ohne Mitwirkung der Firma Baumann älter & Cie. folgenden Vormerk im Grundbuch:

„Die bisher bestandene Collectivgesellschaft Baumann älter „& Cie., deren Antheilhaber waren .... wandelt sich in eine Com„manditgesellschaft um und es besteht nun die Gesellschaft, „nachdem Herr Schön als solidarer Antheilhaber ausgetreten „und Commanditär wurde, und Herr Sommerhoff als haft„barer Gesellschafter eingetreten ist, aus folgenden Personen: „Baumann, Walder, Sommerhoff haftbare Gesellschafter, Schön „Commanditär. In Folge dessen gehen die bisher der Collec„tivgesellschaft Baumann älter & Cie. zugestandenen Liegen„schaften an die Commanditgesellschaft gleichen Namens über „und so werden ihr dieselben anmit im Sinne des Art. 597 „O.-R. zugefertigt."

In der Folge entstand dann über die Zulässigkeit der Berechnung von Fertigungsgebühren für diesen Vormerk Streit, wobei die Firma Baumann älter & Cie. den Standpunkt einnahm, dass jener Vormerk am Grundprotokoll nicht erforderlich gewesen sei, da nach Art. 559 und 597 O.-R. Liegen-

schaften, die einmal der Firma einer Collectiv- oder Commanditgesellschaft zugefertigt seien, derselben trotz Wechsel in den Personen der Gesellschaft verbleiben und von ihr ohne vorherige Zu- oder Wegfertigung veräussert oder verpfändet werden können. Das Kassationsgericht, an welches die Firma Baumann älter & Cie. mit einer Beschwerde gelangte, hiess dieselbe gut und erklärte die Berechnung einer Staatsgebühr für den Vormerk vom 2. Mai 1884, welcher weder von Baumann älter & Cie. begehrt worden, noch von Amtes wegen geboten gewesen sei, für unzulässig.

Motive: Da weder vorliegt, noch von irgend einer Seite behauptet wird, dass bei Errichtung des Schuldbriefes im Jahr 1873 ein Versehen stattgefunden habe, ferner der Schuldbrief nichts davon erwähnt, wem die einzelnen Unterpfänder gehört haben, so ist im Zweifel nach dem Rechte, welches zur Zeit der Errichtung des Schuldbriefes gegolten hat (§ 1273 des Zürcher. Priv.-Ges.-B.), anzunehmen, die verpfändeten Liegenschaften seien gemeinsames Eigenthum der im Schuldbriefe als der Antheilhaber der Firma bezeichneten Personen, Baumann, Schön und Walder gewesen, in der Weise, dass sämmtlichen drei Personen Miteigenthum daran zugestanden habe. Durch den Eintritt des neuen Collectivgesellschafters Sommerhoff ist hierin nichts geändert worden; die Annahme, dass der Eintritt in eine Collectivgesellschaft ein Rechtstitel wie Kauf etc. sei, vermöge dessen die Collectivgesellschafter unter der Herrschaft des privatrechtlichen Gesetzbuches verpflichtet gewesen wären, wenn ihnen Miteigenthum an zu Gesellschaftszwecken dienenden Liegenschaften zustand, einem neu eintretenden Gesellschafter eine entsprechende Quote Miteigenthum durch kanzleiische Fertigung zu übertragen, steht im Widerspruch mit § 1273 des cit. Gesetzes, welcher bloss besagt, Miteigenthum der Gesellschafter, ausnahmsweise Gesammteigenthum der Gesellschaft an Grundstücken entstehe nur durch kanzleiische Fertigung. Die für Gesellschaftszwecke dienenden Liegenschaften sind nach dem Zürcher. Priv.-Ges.-B. lediglich vermöge der zwischen den Gesellschaftern bestehenden obligatorischen Rechte und Verpflichtungen im Besitze sämmtlicher Gesellschafter und ihr Werth bildet einen Bestandtheil des Gesellschaftsvermögens, auf welches alle Gesellschafter und die Gesellschaftsgläubiger Ansprüche haben, stehe Eigenthum oder Miteigenthum wem immer zu (§§ 1304, 1305 des Priv.-Ges.-B.). — Auch die Anschauung, dass nach dem eidg. O.-R. der Commanditär vermöge des Commanditgesellschaftsvertrages

einen Rechtstitel habe, Miteigenthum oder ein Theilrecht an Liegenschaften zu erwerben, welche zu Gesellschaftszwecken dienen, widerspricht dem Gesetz. Art. 597 O.-R. sagt nur, die Commanditgesellschaft könne unter ihrer Firma Eigenthum an Liegenschaften erwerben, aber nicht, der Commanditär erwerbe Miteigenthum oder ein Theilrecht an Liegenschaften, welche die Gesellschaft unter ihrer Firma erworben hat.

Die Vorschriften der Art. 559 und 597 O.-R., welche in wörtlicher Uebereinstimmung mit den Art. 111 und 164 des deutschen Handelsgesetzbuches stehen, führen dazu, das Handelsvermögen einer Collectiv- oder Commanditgesellschaft im Verkehr wie ein von den jeweiligen Gesellschaftern vertretenes Rechtssubjekt zu behandeln. Demzufolge ist, wenn ein zur Vertretung einer Collectiv- oder Commanditgesellschaft befugter Gesellschafter (Art. 561) unter der Firma der Gesellschaft Eigenthum an Liegenschaften erwirbt oder bestellt, weder zur Zeit der Fertigung des Rechtsgeschäftes eine Benennung der Personen, aus welchen damals die Gesellschaft bestanden hat, noch später der Vormerk eines im Bestande dieser Personen eingetretenen Wechsels im Grundbuche erforderlich. Eine Einwendung hiegegen kann daraus nicht abgeleitet werden, dass nach dem O.-R. für die Form der Verträge, welche dingliche Rechte an beweglichen Sachen betreffen, das kantonale Recht gilt. Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um die Form der Verträge, sondern um die Frage, welche Rechtssubjekte zur Schliessung von Verträgen befähigt seien, und soweit in dieser Beziehung das Obligationenrecht Bestimmungen getroffen hat, sind widersprechende Bestimmungen des kantonalen Rechtes aufgehoben, so die Bestimmung des § 1279 des Zürcher. Priv.-Ges.-B., dass der geschäftsführende Gesellschafter nicht befugt sei, ohne besondere Vollmacht Liegenschaften zu veräussern oder zu verpfänden. Nicht aufgehoben durch das O.-R. ist dagegen § 1273 des Priv.-Ges.-B., indem, wenn die Theilhaber einer Gesellschaft übereinkommen, Liegenschaften, die zu Gesellschaftszwecken dienen sollen, nicht unter der Firma der Gesellschaft, sondern in der Weise zu erwerben, dass sie in das Miteigenthum der Gesellschafter übergehen oder Gesammteigenthum der Gesellschaft werden, die Verwirklichung dieses Uebereinkommens durch das O.-R. nicht verboten ist. — Nun könnte allerdings mit Rücksicht darauf, dass die Gesellschaft Baumann älter & Cie. nicht erst seit Einführung des O.-R. gegründet worden ist, die Frage aufgeworfen werden, ob,

wenn die Gesellschaft im Dezember 1883 unter ihrer Firma Liegenschaften verpfändet hat und diese Liegenschaften als Eigenthum des mit Firma benannten Rechtssubjektes betrachtet wissen will, eine Uebertragung der Miteigenthumsrechte der Herren Baumann, Schön und Walder, welche zur Zeit des letzten, vom Jahr 1873 datirenden Eintrages im Grundbuche nach damaligem Rechte als die gemeinsamen Eigenthümer fraglicher Liegenschaften zu betrachten wären, auf die Gesellschaftsfirma durch kanzleiische Fertigung erforderlich sei; eine Erörterung dieser Frage ist aber zur Zeit nicht nothwendig, weil die Betheiligten eine solche Fertigung nicht begehren und auch ohne diese Fertigung, gesetzt sie sei zur Feststellung des Eigenthums des unter der Firma bestehenden Rechtssubjektes erforderlich, die Verpfändung von Liegenschaften unter ihrer Firma gültig ist, wenn zu dieser Verpfändung die Herren Baumann, Schön und Walder ihre Zustimmung schriftlich ertheilt haben (§§ 783, 792, 912 des Zürcher. Priv.-Ges.-B.).

---

67. *Actiengesellschaft. Art. 657 O.-R. sieht für den Fall der Insolvenz einer Aktiengesellschaft nur die Möglichkeit einer einstweiligen Verschiebung, nicht dagegen einer gänzlichen Umgehung der Konkurseröffnung vor.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichtes vom 11. Juni 1885 i. S. Ullmann und Müller c. Liquidationskommission des „Schweiz. Lloyd".

Nachdem die Liquidationskommission des „Schweiz. Lloyd", Transportversicherungsanstalt in Liquidation in Winterthur gemäss Beschluss der Generalversammlung beim Bezirksgerichtspräsidium Winterthur die Insolvenzerklärung abgegeben und damit das Gesuch verbunden hatte, anstatt des Konkurses gerichtliche Liquidation im Sinne des Art. 657, 3 O.-R. eintreten zu lassen, verfügte das Gerichtspräsidium unterm 23. Februar 1884 Aufschub des Konkurses und Einsetzung von Liquidatoren, welchen Ermächtigung und Auftrag ertheilt wurde, die Geschäfte bezw. Liquidation der Gesellschaft als amtliche Delegirte weiter zu führen, namentlich für Feststellung, Sicherung und Inkasso der ausstehenden Guthaben zu sorgen; die Liquidation der Passiven, soweit sie nicht in laufenden Ausgaben der Geschäftsführung bestehen oder die besonders günstige Erledigung einer Obligation der Gesellschaft ermöglichen, solle dagegen verschoben sein. Gegenüber einer Beschwerde eines Gesellschaftsgläubigers über die Geschäftsführung der Liquidationskommission, speziell darüber, dass diese die Gesellschaftsgläubiger zu theilweisem Verzicht

auf ihre Forderungen zu bewegen suche, machte letztere u. A. geltend, dass durch die Offerten für Nachlassverträge Niemand geschädigt werden könne, dass durch diese Art der Geschäftsabwicklung die Liquidation vereinfacht und beschleunigt und insbesondere einem schliesslichen Konkurse vorgebeugt würde, der nur schädlich für alle Interessenten wirken würde.

Zufolge jener Beschwerde wurde das Gerichtspräsidium eingeladen, die Sistirung der Akkommodementsverträge sowie eine Berichterstattung über den Stand und den muthmasslichen Abschluss der Verwaltung des „Schweizer. Lloyd" in Liquidation zu veranlassen.

Motive: Nach dem Wortlaut von Art. 657, 3 O.-R. lag es wohl nicht in der Absicht des Gesetzgebers, für die Liquidation insolventer Aktiengesellschaften den Konkurs in einzelnen Fällen auszuschliessen, sondern nur aufzuschieben. Die Anordnungen, welche inzwischen (im französischen Text »provisoirement«) zu treffen sind, haben daher lediglich die Erhaltung, Klarstellung und Sicherstellung des Vermögens der Aktiengesellschaft zum Zwecke und keineswegs eine vollständige aussergerichtliche Liquidation, wie sie schliesslich mit dem angebahnten aussergerichtlichen Akkommodement erreicht würde. Ist einmal die Insolvenz ausser Zweifel und keine Aussicht mehr vorhanden, dieselbe durch Regressklagen etc. aufzuheben, so muss der Konkurs erklärt werden.

---

68. *Zeitliche Anwendung des Obligationenrechts. — Die Vermuthung des Art. 104 greift auch bei vor dem 1. Januar 1883 entstandenen Schuldverpflichtungen Platz, wenn der Schuldner sich auf unter der Herrschaft des O.-R. erfolgte Zahlung beruft. Art. 882, 3 und 904 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 15. Dezember 1885 i. S. Lips c. Meier.

Motive: Kläger fordert von dem Beklagten Rückgabe eines von Letzterm im Jahr 1879 ausgestellten Schuldscheines über Fr. 1500 oder den Betrag von Fr. 1500 nebst Zins, indem er behauptet, den fraglichen Schein der Frau des Beklagten im Frühjahr 1881 zur Aufbewahrung übergeben zu haben. Der Beklagte dagegen behauptet, den Schein bei Anlass der kurz vor Martini 1884 erfolgten Abzahlung der Schuld von dem Kläger als Beweismittel für die Tilgung der letztern zurück erhalten zu haben. Da ein Streit darüber nicht besteht, dass der Beklagte in den Besitz des Schuldscheines gelangt ist, so spricht gemäss Art. 104 O.-R. die Vermuthung

dafür, dass die Schuld getilgt sei. — Dass der vorliegende Streit nach dem O.-R. und nicht nach dem Zürcher. kantonalen Recht zu entscheiden ist, kann wohl keinem Zweifel unterliegen, obschon die Schuldverpflichtung noch vor dem Inkrafttreten des O.-R. entstanden ist, denn es handelt sich hier um einen allgemeinen Erlöschungsgrund der Obligation, nicht um einen solchen, welcher als Consequenz des Vertrages zu betrachten ist, in welchem Falle allerdings nach der richtigen Ansicht das kantonale Recht, unter dessen Herrschaft die Verpflichtung entstand, zur Anwendung kommen müsste. Die vom Beklagten aufgestellte Behauptung der Zahlung ist eine selbständige juristische Thatsache, welche in ihren Folgen und Wirkungen nach den Bestimmungen des neuen Gesetzes, wenn sie unter dessen Herrschaft erfolgt ist, beurtheilt werden muss. — Es lässt sich aber fragen, ob die Thatsache der Zahlung wirklich nach dem 1. Januar 1883 eingetreten sei. Es wird diess von dem Beklagten behauptet, Kläger aber will den Schuldschein schon früher der Frau des Beklagten in Verwahrung gegeben haben. Ueber den Zeitpunkt der Rückgabe herrscht also Streit, indessen kann diess die Anwendung des O.-R. nicht hindern, denn Art. 904 bestimmt, dass wo der Richter im Zweifel darüber sei, zu welcher Zeit eine Handlung vorgenommen worden, die Vermuthung für die Anwendbarkeit des neuen Gesetzes spreche. — Demgemäss wäre dem Kläger obgelegen, die Vermuthung, welche das Gesetz in Art. 104 aufstellt, durch den Nachweis zu entkräften, dass die Schuld nicht getilgt sei, sondern dass er die Urkunde dem Schuldner blos in Verwahrung gegeben habe; es ist ihm dies jedoch nicht gelungen.

---

69. *Accident de chemin de fer. Responsabilité de la compagnie. Art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 14 janvier 1886 dans la cause Rieben c. Suisse Occidentale-Simplon.

Le 25 juillet 1884, Henri Rieben était, vers les 4½ h. de l'après-midi, occupé avec d'autres cantonniers à réparer la voie du chemin de fer à quelques cent mètres de la gare de Renens, direction Genève, côté du lac. Il quitta le chantier pour aller chercher un vêtement déposé dans une caisse à outils qui se trouvait à quelque distance de la gare, côté de la montagne. Après avoir pris cet effet, Rieben se dirigea vers son chantier, suivant une direction parallèle à la voie de Neuchâtel (entre la voie de Neuchâtel et la voie Genève-Lausanne).

A ce moment, le train 109 Lausanne-Pontarlier quittait, à l'heure réglementaire, la gare de Renens, après avoir sifflé 4 fois conformément au règlement.

Le mécanicien, voyant un homme marcher sur la voie en avant du train, siffla aux freins par deux fois. Le chef de train cria trois fois «gare!» Rieben ne se retourna pas; plus tard, interrogé sur cette circonstance, il a affirmé ne pas avoir entendu ces appels.

Quand le train 109 fut à peu de distance de Rieben, ce dernier croyant l'éviter, se porta sur la voie de Neuchâtel. Il fut tamponné par la locomotive à environ 300 mètres de la gare de Renens et à quelques pas de l'aiguille ouvrant la voie pour Yverdon. Au point où l'accident est arrivé, il y a trois voies parallèles, savoir celle côté du lac, affectée au service Lausanne-Genève; celle du milieu, affectée au service Genève-Lausanne; celle côté de la montagne, se dirigeant sur Bussigny et Pontarlier.

Rieben fut relevé avec les deux jambes mutilées, des côtes cassées et d'autres lésions. Il dut subir l'amputation des deux jambes au-dessous du genou. Aujourd'hui il lui est presque impossible de se livrer à un travail utile.

Comme ouvrier de chemin de fer, il gagnait 70 fr. par mois, plus environ 9 fr. comme déplacement. Il était au service de la Compagnie depuis le commencement de 1883.

Il est âgé de 42 ans, marié; sa femme a 32 ans. Il a un enfant âgé de 6 ans; sa femme a elle-même un autre enfant âgé de 8 ans.

Ensuite de ces faits et fondé sur la loi fédérale du 1er juillet 1875, Rieben a réclamé à la Compagnie S.-O.-S. une indemnité de 18,000 fr.

Tout en reconnaissant que l'accident était arrivé dans l'exploitation, la Compagnie a conclu à libération, estimant que Rieben avait été victime de sa propre imprudence, en choisissant volontairement la direction la plus dangereuse et en ne se retournant pas, malgré les signaux d'alarme.

Le Tribunal de Lausanne a admis les conclusions du demandeur, en les réduisant toutefois à 9000 fr.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement, par 4 voix contre 3.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875, la Compagnie de la S.-O.-S. est responsable du dommage résultant pour l'intimé de l'accident en cause, à moins qu'elle ne prouve que l'accident a été causé par la faute de Rieben lui-même.

Que, dès lors, il y a lieu de rechercher si la Compagnie recourante a établi cette faute, attendu que Rieben circulait sur la voie pour les besoins de son service.

Qu'aucune prescription réglementaire ne lui interdisait de suivre le chemin qu'il a pris, qui du reste était la voie la plus directe pour rentrer à son chantier.

Que, pour revenir à son chantier, il devait nécessairement traverser les 3 voies de la ligne.

Que, d'autre part, travaillant depuis peu de temps à la gare de Renens, il n'est pas constaté qu'il ait connu ou dû connaître le tableau de la marche des nombreux trains circulant dans cette station.

Qu'il n'est pas établi qu'il ait entendu les signaux donnés et les cris d'alarme du chef de train.

Qu'à supposer même qu'il eût entendu ces coups de sifflet, il n'est nullement démontré qu'il eût eu à ce moment le temps de se garer.

Que, même s'il s'était retourné, la circonstance que le train 109 arrive à Renens sur la voie côté du lac, marche ensuite dans un espace de quelques mètres sur la voie du milieu et est enfin aiguillé sur la voie côté de la montagne, eût probablement été de nature à tromper Rieben sur la route que devait suivre le convoi qui l'a atteint.

Que, dès lors, et en l'absence d'une constatation plus précise, on ne peut relever à la charge de Rieben une faute au sens de l'art 2 de la loi fédérale.

Qu'il ne paraît pas davantage résulter de l'ensemble de ces faits que Rieben ait manqué de la perspicacité et du sang-froid dont la Compagnie estime qu'il aurait dû faire preuve en cette circonstance et qu'ainsi il n'y a à sa charge aucune faute.

Considérant qu'ainsi la Compagnie recourante n'a pas surmonté la présomption de faute qui pèse sur elle aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875.

---

70. *Accident de chemin de fer. Irresponsabilité de la Compagnie. Art 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 21 novembre 1885 dans la cause Rey c. Paris-Lyon-Méditerranée.

En fait, le 20 août 1883, vers 4 h. 3/4 du matin, Rey, employé à la Cie P.-L.-M., a été tamponné entre les deux tranches d'un train de marchandises qui manœuvrait en gare de Meyrin et dont il voulait faire le raccord; il a été relevé respirant encore, mais il est mort pendant qu'on le trans-

portait à l'Hôpital cantonal. Le demandeur, père de la victime, a assigné la défenderesse en paiement de 6000 fr. pour le préjudice que lui a causé cet accident.

La loi fédérale du 1er juillet 1875, art. 2, ayant mis à la charge des entreprises de bateaux et chemins de fer les conséquences des accidents survenus dans l'exploitation et qui ont entraîné mort d'homme ou lésions corporelles, à moins que l'entreprise ne prouve que l'accident est dû soit à une force majeure, soit à la faute de personnes étrangères au service, soit à la faute de la victime, la défenderesse a offert de prouver par témoins que l'accident était dû uniquement à l'imprudence de Rey et à sa désobéissance aux ordres reçus.

Attendu qu'elle a rapporté la preuve qu'elle avait offerte;

Qu'il résulte, en effet, des dépositions recueillies que, la veille de l'accident, le facteur de première classe, Grillet, avisa Rey qu'il était de service le lendemain et qu'il devrait se trouver à la gare à 4 h. 45 du matin, mais qu'il n'aurait pas à accrocher les wagons et que, s'il se trouvait seul avec lui, il ferait faire le raccordement par les employés du train;

Que le lendemain matin, au moment où allait se faire la manœuvre du train, Grillet appela le conducteur Bidal et, en présence de Rey, le chargea de faire l'accrochage des différentes parties du train, disant que son homme d'équipe (Rey) était trop jeune dans le service pour ce travail;

Que, pendant que le conducteur Bidal accrochait les deux premières tranches du train, Grillet cria à Rey, qui avait été manœuvrer l'aiguille, de ne pas accrocher.

Que, malgré cette défense, Rey se précipita entre les deux parties du train pour faire le raccordement, fut serré entre les tampons du côté extérieur, et qu'au moment où le conducteur Bidal arriva pour accrocher, celui-ci le trouva étendu sans connaissance sur les rails;

Attendu que c'est à la désobéissance de Rey aux ordres reçus qu'est dû l'accident; que, dès lors, l'imprudence et la faute de la victime sont établies;

Que le geste, d'une signification douteuse, aperçu par le seul témoin Duclos et provenant d'une personne inconnue, ne pouvait constituer pour Rey, qui était sous les ordres directs de Grillet, un motif suffisant pour enfreindre la défense qui lui avait été faite et qui venait de lui être répétée par son chef;

Attendu, d'autre part, que le demandeur n'a pas rapporté la preuve d'une faute imputable à la défenderesse;

Qu'il est notamment établi qu'il y avait sur la voie, au

moment de l'accident, un nombre suffisant d'employés pour faire la manœuvre du train et pour accrocher les wagons; qu'en effet, le conducteur Bidal avait été spécialement désigné pour cet objet, et qu'il est arrivé à son poste au moment où Rey venait d'être tamponné;

Que, d'autre part, tous les soins nécessités par l'état de la victime lui ont été donnés sans retard;

Qu'en résumé, la demande n'est pas fondée.

---

71. *Loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants du 25 juin 1881. Art. 1er et 5. Responsabilité du patron; indemnité partielle.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 23 novembre 1885 dans la cause Camps & Cie c. Pugin.

Camps & Cie sont-ils responsables des conséquences de l'accident survenu à Pugin dans leurs ateliers, le 14 janvier 1885?

Pugin, employé comme ouvrier menuisier dans la fabrique de Camps & Cie à Carouge, fut, le 14 janvier dernier, victime d'un accident qui entraîna pour lui la perte de trois doigts, pendant qu'il travaillait à un outil appelé *toupie*.

Camps & Cie déclinant toute responsabilité, Pugin les assigna en paiement d'une somme de 3500 fr. à titre d'indemnité. Le Tribunal lui ayant accordé une somme de 1500 fr., Camps & Cie ont interjeté appel de ce jugement. Ils prétendent que l'accident survenu à Pugin est exclusivement dû à une négligence de sa part, qu'ils ne sauraient, en conséquence, en être rendus responsables en aucune façon.

Des enquêtes auxquelles il a été procédé devant les premiers juges, il résulte que l'accident serait, en premier lieu, dû à une négligence de Pugin dans la fixation de la doucine dans le pivot, au moyen de la vis de pression; que cette vis, mal placée ou insuffisamment serrée, aurait permis à la doucine un ébattement, première cause de l'accident.

Mais des mêmes enquêtes il résulte, d'autre part, que cet accident, malgré la légère négligence de Pugin, ne se serait pas produit si celui-ci s'était servi d'un presseur pour maintenir la pièce de bois travaillée, au lieu de se servir pour cela de sa main gauche; que les dépositions d'une série de témoins constatent que, soit Pugin, soit les autres ouvriers qui employaient le même outil pour faire le même genre de travail, ne se servaient jamais de presseur; que cette manière de faire était non seulement tolérée, mais même autorisée par Camps & Cie; que ce n'est que postérieurement à l'ac-

cident que Camps & Cie, soit leurs contre-maîtres, ont exigé des ouvriers travaillant à la *toupie* qu'ils se servissent de presseurs;

Considérant que le fait par Camps & Cie de n'avoir pas, d'une manière générale, exigé l'emploi de toutes les précautions nécessaires pour empêcher les accidents avec des outils aussi dangereux et d'un maniement aussi délicat que la *toupie* confiée à Pugin, d'avoir toléré, sans mot dire et pendant longtemps, que ces précautions ne fussent pas observées, constitue de leur part une négligence engageant dans une certaine mesure leur responsabilité;

Considérant que, dans ces circonstances et vu les art. 1er et 5 de la loi fédérale du 25 juin 1881 sur la responsabilité civile des fabricants, Camps & Cie doivent à Pugin réparation d'une partie du préjudice que lui a causé l'accident;

Qu'en arbitrant à 1500 fr. la somme due de ce chef à l'intimé, les premiers juges ont fait une juste appréciation des faits de la cause.

---

72. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 2, 5 lit. b. Verstümmelung der rechten Hand. Mitverschulden des Verletzten.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 7. Januar 1885.

J. F. trat im März 1884 in die mechanische Ziegelei des J. S. als Heizer in Arbeit mit einem Taglohn von Fr. 4. 50. Am 23. Mai erlitt J. F. beim Antreiben des sogen. grossen Schwungrades eine Verletzung. J. F. sollte am 26. Mai für mehrere Wochen in den Militärdienst einrücken, wesshalb er auf Geheiss des Zieglermeisters am 22. gleichen Monats den A. B. als Ersatzheizer zu instruiren hatte. Am Frühmorgen des 23. Mai stellte sich A. B. bei J. F. ein. J. F. wollte das Triebwerk im Maschinenhaus in Bewegung setzen, verliess zu diesem Zweck den anliegenden Dampfkesselraum, bestieg den Sockel des Schwungrades, auf welchem die Achse des letzteren ruht, um die Dampfmaschine durch Ueberwindung des sogen. todten Punktes in Betrieb zu setzen. Dabei gerieth er mit der rechten Hand zwischen den Reif des Schwungrades und das dieses treibende Drahtseil und verlor dadurch zwei Finger. J. F. behauptet, das Rad nur an den Speichen gefasst und angetrieben zu haben; weil aber der Vizeheizer A. B. unterdessen und ohne seinen Auftrag den Dampf in die Maschine eingelassen habe, sei das Schwungrad plötzlich in rasche Bewegung gekommen, dadurch habe

er, J. F., einen heftigen Stoss erhalten und im Schrecken müsse er das Rad an seiner Peripherie ergriffen haben. Der Beklagte, Ziegeleibesitzer J. S. dagegen behauptet, J. F. habe unvorsichtigerweise bei Antreibung des Rades mit der rechten Hand die Peripherie des Rades ergriffen und habe dadurch mit der rechten Hand zwischen das Drahtseil und das Rad kommen müssen, wobei das Seil, das in einer Rinne des Radreifes läuft, die Finger habe abschneiden müssen. Der Zieglermeister hat in der über den Unfall geführten Untersuchung ausgesagt, der Heizer sei dahin instruirt gewesen, die Maschine nicht zu verlassen; er habe sich mit dem Antriebe des Rades nicht zu befassen gehabt. Der Vizeheizer A. B. will gesehen haben, dass J. F. mit der rechten Schulter an einer Radspeiche anstemmte und mit der rechten Hand in die Radrinnen am Radreif gegriffen habe; er behauptet, den Dampf erst nach dem Unfall einströmen gelassen zu haben.

J. F. erlitt eine vollständige Arbeitsunfähigkeit während 43 Tagen und fordert hiefür à Fr. 4.50 per Tag Fr. 193. 50, ferner für 7 Tage theilweiser Arbeitsunfähigkeit à Fr. 2. 25 Fr. 15. 75; ferner Ersatz der Kosten für 43 Tage Verpflegung im Kantonsspital Fr. 86; ferner als Entschädigung für bleibenden Nachtheil, der ihm den Gebrauch der rechten Hand weniger effektvoll mache und seine Erwerbsfähigkeit herabsetze, rund Fr. 3000 — Total Fr. 3295. 25. Der beklagte Ziegeleibesitzer verlangt Abweisung der Klage und verkündet den Streit mit Regressandrohung an die Unfallversicherungsgesellschaft. Er erhebt die Einrede, der Unfall sei durch Verschulden, beziehungsweise durch ein Vergehen eines Dritten, nämlich des Vizeheizers A. B., herbeigeführt worden — auch habe der Kläger J. F. durch sein vorschriftswidriges Verlassen der Dampfmaschine den Unfall selbst verschuldet; dessen Ersatzklage sei daher nach Art. 2 im Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 ganz abzuweisen. Eventuell sei die Forderung auch nach Art. 5 b im zitirten Bundesgesetz angemessen zu reduziren. Auf alle Fälle habe Beklagter die Spitalverpflegungskosten von Fr. 86 nicht zu vergüten, da J. F. als Mitglied des für die Aufenthalter obligatorischen Krankenverbandes der Gemeinde Tablat Anspruch auf unentgeltliche Spitalverpflegung hatte, und die Fr. 86, welche von der Polizeikasse Tablatt für J. F. dem Spital bezahlt werden mussten, von J. F. nicht zurück vergütet werden mussten.

Die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe den Unfall durch den Bestand und die Duldung ungenügender

Schutzvorkehrungen verschuldet, ist nicht zutreffend. Der Augenschein hat ergeben, dass der Unfall auch beim Bestande der seither angebrachten Schutzvorkehrungen hätte passiren können. Wenn ein Arbeiter bei dem sonst ungefährlichen Antreiben unvorsichtig in die Speichen des Schwungrades greift, kann dessen Verletzung heute noch passiren. — Der Beklagte oder ein Mandatar desselben haben dabei keine Dienstverrichtungen ausgeübt. Art. 1 des Bundesgesetzes trifft daher nicht zu, wohl aber Art. 2, weil beim Betriebe in der Fabrik des Beklagten ohne das Verschulden des letzteren die Verletzung erfolgte, höhere Gewalt nicht behauptet wird und ein Verbrechen oder Vergehen einer Drittperson nicht vorliegt. In letzterer Hinsicht würde in dem behaupteten, aber nicht einmal bewiesenen zu früh bewirkten Einströmenlassen des Dampfes in die Maschine durch A. B. jedenfalls kein Vergehen im Sinne des Bundesgesetzes Art. 2 liegen, sondern nur eine ungeschickte Handlungsweise. Es bleibt sonach und da ein Zufall nicht angenommen werden kann, zu untersuchen, ob nicht auch Art. 5 b Bundesgesetz zur Anwendung zu bringen sei, beziehungsweise ob dem Geschädigten ein Theil der Schuld am erlittenen Unfalle zufalle. In dieser Beziehung ist dem Beklagten der Beweis dafür, dass dem Heizer das Verlassen der Maschine und das Mithelfen beim Antreiben des Schwungrades absolut verboten gewesen sei, missglückt, da der hierüber abgehörte Zeuge diesfalls keine bestimmten Angaben machen konnte; auch ist nicht erwiesen, dass die Kraft der Dampfmaschine und nicht die Turbine oder das Anziehen des Seiles durch andere Arbeiter die plötzliche Ingangsetzung des Triebwerkes verursacht hat. Die Vorschrift, den Maschinenraum nicht zu verlassen, hatte nur den Zweck gehabt, die stetige Beaufsichtigung der Dampfmaschine zu sichern, nicht aber den, den Heizer vor einem Unfall zu bewahren; nun ist nicht bewiesen, dass die Nichtbeaufsichtigung der Dampfmaschine den Unfall verursacht habe; Kläger hat sich also durch das vorschriftswidrige Verlassen des Kesselraumes höchstens eine Nichtbeachtung einer Vorschrift zu Schulden kommen lassen, dadurch aber den Unfall nicht verschuldet.

Dagegen liegt in der vom Kläger selbst zugestandenen Thatsache, dass er am Schwungrade die Antreibung des Triebwerkes bewerkstelligte statt am Seile, eine theilweise Verschuldung des Geschädigten am erlittenen Unfalle. Bei dieser gefährlichen Manipulation hat der Unfall auch passiren können, wenn der Dampf nicht in die Maschine eingelassen

wurde, indem das Rad durch das Anziehen des Drahtseils seitens der Mitarbeiter oder durch die Ingangsetzung der Turbine plötzlich in Bewegung gerathen konnte, ohne dass sich der Kläger, am Schwungrade stehend, dessen versah. Der Kläger hat offenbar unvorsichtig gehandelt und dadurch den Unfall mitverschuldet, wesshalb nach Art. 5 des Bundesgesetzes eine billige Reduction der Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers einzutreten hat. Der Posten von Fr. 209. 25 für vorübergehende Erwerbsunfähigkeit ist nicht bestritten. Die Fr. 85 für Verpflegungskosten im Kantonsspital sind nicht gerechtfertigt, indem der Kläger diese Ausgabe selbst nicht zu bestreiten hatte. Die Fr. 85 sind dem Kantonsspital durch die Polizeikasse Tablat bezahlt worden und müssen dieser vom Kläger nicht zurück erstattet werden. Als Aufenthalter in Tablat ist er Mitglied des obligatorischen Krankenverbandes dieser Gemeinde. Er hat gegen Entrichtung seiner regelmässigen Wochenbeiträge an die Polizeikasse Anspruch auf unentgeltliche Spitalbehandlung.

Das Kantonsgericht hat dem Kläger in Anwendung des Art. 2 und 5, b, Art. 6 Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 eine Entschädigung von Fr. 1709. 25 nebst 5% Zins vom 21. August 1884 zuerkannt.

---

73. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 5 lit. a. b. c. Verlust eines Auges. Mitverschulden des Verletzten.*

**St. Gallen.** Urtheil des Kantonsgerichts vom 2. December 1885.

I. F., 38 Jahre alt, ist am 28. April 1884 mit einem Stundenlohn von 28 Rp. (Taglohn à 11 Stunden Fr. 3. 08) als Handlanger in die Maschinenwerkstätte und Giesserei des A. B. eingetreten. Am 20. Juni gl. J. mit Lagerputzen beschäftigt, hatte er einem Nebenarbeiter etwas zu verabreichen und musste bei einer Bohrmaschine vorbeigehen; hiebei spritzte ihm ein Eisensplitterchen in's linke Auge. Anfangs wurde diesem Umstande keine Bedeutung beigemessen, auch arbeitete J. F. den ganzen folgenden Tag. Am 23. Juni blieb er zu Hause; am 24. Juni, nachdem sich Schmerzen und Entzündung eingestellt, meldete er den Unfall dem Werkmeister, der die vorgeschriebene Unfallanzeige aufnahm. Der Anstaltsarzt fand und beseitigte den Eisensplitter im linken Auge. Am 29. Juni hatte sich die Entzündung verschlimmert und wurde J. F. in den Kantonsspital verbracht. J. F. verlor die Sehkraft auf dem verletzten

linken Auge gänzlich. Er blieb vom 3. Juli bis 3. August im Kantonsspital. Am 5. September konstatirte der von J. F. konsultirte Spezialarzt die beginnende Bildung des grauen Staares auch auf dem rechten Auge. In den Kantonsspital zurückversetzt, musste das verletzte linke Auge beseitigt werden. Seit 28. September wieder aus dem Spital entlassen, soll er nun auch am rechten Auge beinahe erblindet sein und einer Staaroperation entgegensehen. Der Kantonsspitalarzt hat begutachtet, dass die Verletzung des linken Auges vom 20. Juni keine solche war, welche bei sofortiger Entfernung des Eisensplitterchens und bei sorgfältiger Behandlung und Pflege zu diesem schlimmen Ausgang für's rechte Auge hätte führen müssen. Der beginnende graue Staar sei schon am 3. Juli am rechten Auge bemerkbar gewesen und stehe mit der Verletzung des linken Auges in keinem ursächlichen Zusammenhang.

J. F. hat erst im Juni 1885 die Entschädigungsklage angehoben und fordert Ersatz des Arbeitslohnes für 316 Tage à Fr. 3.08 Fr. 973.28, Verpflegungskosten Fr. 84, für den Verlust des linken Auges Fr. 2500 nebst 5 % Zins seit 3. Juni 1885. Der Fabrikbesitzer A. B. verlangt Abweisung dieser Forderung, soweit sie die freiwillig kenntlich gestellte anerbotene Entschädigung von Fr. 1000 übersteigt. Kläger J. F. stützt sich auf Art. 2 des Bundesgesetzes. Er bestreitet jegliche Selbstverschuldung; die Entschädigung sei daher nach Art. 6 zu bemessen, also die Heilungs- und Verpflegungskosten, sowie der Schaden zu vergüten, den er in Folge der bleibenden Erwerbsunfähigkeit erleide.

Der Beklagte hat eingewendet, diese Fr. 973.28 für 316 Arbeitstage seien unbegründet; nach J. F.'s Austritt aus dem Spital sei er wieder im Dienst des Beklagten gestanden und überdies aus der Krankenkasse entschädigt worden; nun bringe J. F. dem Beklagten diese ganze Zeitperiode nochmals in Rechnung. Der Kläger habe Anspruch auf eine Aversale, welche auf den Zeitpunkt der Verletzung, beziehungsweise des Eintrittes der verminderten Erwerbsfähigkeit und mit Berücksichtigung aller Umstände zurückzuberechnen sei. Hiebei falle in Betracht, dass J. F. den Unfall nicht sofort angezeigt und diesfalls der ausdrücklichen Vorschrift im Fabrikreglement des beklagtischen Etablissements zuwidergehandelt habe, während sofortige Beseitigung des Eisensplitterchens aus dem Auge jeder Verletzung vorgebeugt haben würde. Eine so vorschriftswidrige Handlungsweise müsse das Maass der Entschädigung wesentlich

mindern und hiernach stehe die offerirte Summe von 1000 Fr. in richtigem Verhältniss zur Verletzung im Sinne des Art. 6 im Bundesgesetz.

Das Kantonsgericht hat dem Kläger J. F. eine Gesammtentschädigung von Fr. 2000 nebst 5% Zins, vom 3. Juni 1885 an gerechnet, zuerkannt.

Motive: Die Schadenersatzpflicht des Beklagten für die vom Kläger erlittene Verletzung und den Verlust des linken Auges steht ausser Zweifel. Der zu leistende Schadenersatz umfasst nach Art 6 lit. b im Bundesgesetz alle Heilungs- und Verpflegungskosten, sowie den Schaden, welchen Kläger in Folge dauernder beschränkter Erwerbsfähigkeit erlitten hat. Die daherige Entschädigungssumme ist mit Berücksichtigung aller Umstände innert den Schranken des zweiten Absatzes des Art. 6 Bundesgesetz festzusetzen.

Der Unfall ist unzweifelhaft einem Zufalle zuzuschreiben; weder einer Verschuldung des Arbeitgebers noch einer solchen des Verletzten. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verlust des linken Auges und der Erkrankung des rechten Auges am grauen Staar kann jedoch nach dem ärztlichen Befund nicht angenommen werden. Das rechte Auge ist in Folge eines viele Jahre früher schon eingetretenen anderen Unfalles geschwächt gewesen.

Im Ferneren hat Kläger den ausdrücklichen Vorschriften des Fabrikreglements zuwidergehandelt, welche dahin gehen, dass auch diejenigen Arbeiter, welche in der Nähe von augengefährlichen Arbeiten anderer Arbeiter vorübergehend oder anhaltend beschäftigt sind, eine Schutzbrille zu tragen haben und dass jeder Unfall sofort anzuzeigen ist. Die Ersatzpflicht des Beklagten ist daher nach allen drei Richtungen des Art. 5 a, b, c Bundesgesetz in billiger Weise zu reduziren. Die gänzliche Erwerbsuntähigkeit war nicht von langer Dauer; die daherige Entschädigung wird, in Berücksichtigung der Verhältnisse mit Einschluss der billig angesetzten Forderung von Fr. 84 für Verpflegungskosten auf Fr. 300 angesetzt. Der Schaden wegen bleibender verminderter Erwerbsfähigkeit in Folge Verlustes des linken Auges wird durch richterliches Ermessen auf Fr. 1700 festgestellt.

---

74. *Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst. Art. 7 Al. 4 schliesst aus, dass der Urheber eines dramatischen, musikalischen oder dramatisch-musikalischen Werkes nach dessen Veröffentlichung*

*seine Einwilligung zur unerlässlichen Bedingung für die öffentliche Aufführung machen könne.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 20. August 1885 i. S. c. Schlegel.

Ein Theaterdirektor hatte wiederholt gewisse Lustspiele und Possen auf seiner Bühne zur Aufführung gebracht, ohne hiezu Ermächtigung von den betr. Autoren bezw. deren Rechtsnachfolgern zu haben. Auf Klage der Geschädigten wurde derselbe wegen wiederholter Verletzung des Urheberrechts bestraft.

Motive: Der Klage wird hauptsächlich die Einrede entgegengesetzt, die fraglichen Theaterstücke seien bereits im Buchhandel erschienen und es habe der Angeklagte für die Aufführung die Tantième angeboten. Damit will gesagt werden, dass Absatz 4 von Art. 7 des cit. Gesetzes zutreffe, wonach die Aufführung eines schon veröffentlichten Werkes nicht verweigert werden darf, wenn die Bezahlung der Tantième gesichert ist. Allein selbst wenn die Veröffentlichung der fraglichen Theaterstücke nachgewiesen wäre, würde dem Angeklagten eine Verletzung des Urheberrechts gleichwohl zur Last fallen. Allerdings wird nämlich gegenüber Absatz 4 des Art. 7 der zweite Satz nicht so ausgelegt werden können, dass der Autor bei der Veröffentlichung eines Theaterstückes die „spezielle Bedingung" aufstellen dürfe, es sei eine Bühnenaufführung durchaus von seiner Einwilligung abhängig, denn sonst bestünde ein unlösbarer Widerspruch zwischen Al. 2 und Al. 4 des Art. 7. Dagegen hat der Angeklagte in keiner Weise etwas gethan zu dem Zwecke, die dem Autor gebührende Maximaltantième von 2% zu „sichern."

---

75. *Unfallversicherung. Verwirkung des Anspruchs wegen Nichteinhaltung der Frist zur Anzeige des Unfalls tritt auch ohne Verschulden des Versicherten bezw. seines Rechtsnachfolgers ein, wenn diess nach den Versicherungsbedingungen als Willensmeinung der Contrahenten anzusehen ist.*

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Cassationshofes (Plenum) vom 29. Januar 1886 i. S. Stalder c. Unfallversicherungsgesellschaft in Winterthur.

Die beklagte Versicherungsgesellschaft erhebt zunächst eine peremptorische Einrede, indem sie sich darauf beruft, dass nach dem Inhalt des zwischen Johann Stalder und ihr abgeschlossenen Versicherungsvertrages die Klage aus dem Versicherungsgeschäfte verjährt sei. In ihrem heutigen Vor-

trage verlässt aber die Vertheidigung diesen Boden, wonach in der Festsetzung von Fristen, innerhalb welcher der Versicherungsnehmer oder dessen Erben ihre Entschädigungsansprüche bei Folge der Präclusion geltend zu machen haben, eine vertragsmässige Abkürzung der gesetzlichen Frist für die Klagverjährung zu erblicken sei, und stellt sich auf den Standpunkt der deutschen Iudicatur, wonach darin vielmehr eine vertragsmässige Beschränkung des Rechtes selbst, welches der Versicherte durch den Versicherungsvertrag erwirbt, in zeitlicher Hinsicht zu finden sei. Damit ist denn gegeben, dass die Beklagte mit ihrer peremptorischen Einrede ohne weiteres abgewiesen werden muss und dass die Gründe, welche sie gegen das Bestehen des klägerischen Anspruches geltend gemacht hat, einlässlich zu prüfen sind.

Die Beklagte macht nun geltend, dass die Anmeldung des Unfalls, welcher den Johann Stalder betroffen haben soll, von der Klägerin als dessen Rechtsnachfolgerin nicht rechtzeitig erfolgt sei. Die Klägerin muss zugeben, dass der Unfall in der That nicht innerhalb der im Versicherungsvertrage aufgestellten Fristen angemeldet wurde, allein sie verneint, dass darin ein Verschulden erblickt werden könne, da sie gar nicht gewusst habe, dass ihr verstorbener Ehemann überhaupt versichert gewesen sei.

Es ist nun allerdings richtig, dass nach dem Zwecke des Versicherungsinstitutes derartige Bestimmungen nicht rigoristisch auszulegen sind, und dass im Allgemeinen bei der Beurtheilung der Frage, ob der Versicherte durch Versäumung der stipulirten Frist seinen Anspruch verwirkt habe, untersucht werden soll, ob eine verschuldete Versäumniss der stipulirten Diligenz auf Seiten des Versicherungsnehmers vorliege. Denn die Festsetzung einer gewissen Diligenz kann nicht als Bedingung aufgefasst werden, von deren Eintritt der Vertragswille überhaupt abhängig gemacht wird, sondern sie bildet einen Bestandtheil des Versicherungsvertrages selbst, indem dadurch das aus der Natur dieses Vertrages sich ergebende Verhalten des Versicherten normirt und präzisirt wird. Der Versicherte übernimmt bei Eingehung des Vertrages die Verpflichtung, die stipulirte Diligenz zu prästiren. Daraus ergibt sich von selbst, dass nicht schlechthin aus der Versäumniss dieser Diligenz eine Verwirkung des Anspruches hergeleitet werden kann, sondern dass im gegebenen Falle das Mass der von einem Versicherten zu erwartenden Sorgfalt unter billiger Berücksichtigung der sämmtlichen Verhältnisse festgestellt werden muss.

Allein diese allgemeinen Grundsätze werden nur da zur Anwendung kommen dürfen, wo der concrete Vertrag nicht mit voller Bestimmtheit die entgegengesetzte Willensmeinung zum Ausdrucke bringt. Das Letztere ist nun aber in casu der Fall. Denn Art. 14 der Versicherungsbestimmungen sagt ausdrücklich: „Geht die Anzeige aber später als 30 Tage vom Unfalltage ab ein, so hat der Versicherungsnehmer jeden Anspruch auf Entschädigung für den betreffenden Unfall absolut verwirkt." Gegenüber dieser Willenseinigung der Contrahenten, welche die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Versicherten auch gegen sich gelten lassen muss, kann schlechterdings nicht die Rede davon sein, zu untersuchen, ob sie in der Versäumniss der stipulirten Diligenz ein Verschulden treffe oder nicht. Das Interesse, welches die Versicherungsanstalt an der rechtzeitigen Anzeige des Unfalls selbstredend hat und welches darin besteht, dass sie möglichst rasch die nöthigen Erhebungen zur Feststellung des Thatbestandes soll vornehmen können, wird durch diese Vertragsbestimmung, welcher sich die Klägerin ebenfalls unterwerfen muss, auf gleiche Höhe mit dem Anspruche des Versicherten resp. dessen Rechtsnachfolger selbst gestellt. Dieses Interesse muss die Klägerin nach dem unzweifelhaften Wortlaut des Vertrages absolut prästiren, und sie hat desshalb, da dieses Interesse mit ihrem Anspruche zusammenfällt, diesen letztern verwirkt.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

76. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Können auch Schiedssprüche an das Bundesgericht weitergezogen werden?*

Schiedssprüche können, selbst wenn beide Parteien einverstanden sind, nicht an das B.-Ger. weiter gezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn die schiedsgerichtliche Behandlung gewisser Rechtsstreitigkeiten kantonal-gesetzlich vorgeschrieben und der Schiedsspruch mit dem gegen richterliche Urtheile statthaften Rechtsmittel der Berufung anfechtbar ist. Als kantonales Haupturtheil im Sinne des Art. 29 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege kann in solchen Fällen nur das von der ordentlichen kantonalen Rechtsmittelinstanz erlassene Urtheil angesehen werden. (Entsch. v. 12. März 1886 i. S. Bory und Cons. c. Union vaudoise du Crédit.)

---

77. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Inwiefern kommt bei Widerklagen der Werth des Streitgegenstandes für die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Anrufung des Bundesgerichts in Betracht?*

1. Wenn die Widerklagsforderung sich nicht auf einen selbständigen vom Gegenstand der Hauptklage unabhängigen Streitgegenstand bezieht, sondern mit dem Klaganspruche connex ist, so dass es sich nur um Einen in seiner Totalität in die Competenz des B.-Ger. fallenden Streitgegenstand handelt, so ist das B.-Ger. zur Beurtheilung der Widerklage auch dann competent, wenn der Werth des Gegenstandes der Widerklage

Fr. 3000 nicht erreicht. (Entsch. v. 19. März 1886 i. S. Schärer & Cie. c. Fritschi & Woodtli.)

2. Beziehen sich dagegen Hauptklage und Widerklage auf zwei verschiedene von einander unabhängige Ansprüche, so muss, damit das B.-Ger. competent sei, für jeden dieser Streitgegenstände der gesetzliche Streitwerth von Fr. 3000 gegeben sein. (Entsch. v. 5. März 1886 i. S. Dürr c. Billeter.)

---

78. *Art. 30 Abs. 4 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege.* [1]) *Kann auf diese Bestimmung seitens der Parteien verzichtet werden?*

Auf die Bestimmung des Art. 30 Abs. 4 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, wonach das B.-Ger. seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grund zu legen hat, kann von den Parteien nicht verzichtet werden. Denn die gesetzliche Stellung des B.-Ger. als Oberinstanz beruht auf einem staatsrechtlichen Princip, welchem durch den Parteiwillen nicht derogirt werden kann. (Entsch. v. 5. März 1886 i. S. Dürr c. Billeter.)

---

79. *Art. 2 O.-R. Kauf mit dem Vorbehalt des Käufers „die Waare nach Bedarf zu beziehen." Bedeutung dieses Vorbehaltes.*

G. hatte von S. 12 Wagen Schwefel gekauft und dabei bemerkt: „Die Disposition über obige 12 Wagen werde Ihnen à fur et mesure nach Bedarf der Waare ertheilen." Nachdem G. 5 Wagen bezogen hatte, weigerte er sich den Rest abzunehmen, angeblich wegen mangelnden Bedarfs. S. erhob daher gegen denselben Klage, indem er das Begehren stellte, dass dem G. gerichtlich eine Frist zur Abnahme des Restes angesetzt werde, und siegte mit diesem Begehren vor allen Instanzen ob. Das B.-Ger. sprach sich folgendermassen aus: Der Vorbehalt enthält ohne Zweifel nicht eine Bedingung, sondern einfach die Bestimmung, dass der Käufer selbst die Bezugstermine, selbstverständlich aber nicht nach freiem Ermessen, sondern bona fide innerhalb vernünftiger angemessener Grenzen festsetzen dürfe. Trifft der Käufer eine solche Festsetzung nicht und kommt daher eine Einigung über den Bezugstermin nicht zu Stande, so hat der Richter an Stelle

---

[1]) Vergleiche auch die Entscheide Nr. 80, 81, 90 u. 92.

der Parteien (Art. 2 O.-R.) eine angemessene Frist festzusetzen. (Entsch. v. 16. April 1886 i. S. Smerker c. Glenk.)

---

80. *1) Ist die Frage, ob eine Verpflichtung zur Aeusserung über einen Antrag, eine Anzeige u. drgl. bestehe und welche Rechtsfolgen Stillschweigen nach sich ziehe, eine Rechts- oder eine Thatfrage? 2) Unter welchen Voraussetzungen ist Stillschweigen als Annahme resp. Genehmigung eines Antrages, einer Anzeige u. dgl. zu betrachten? Art. 1 und 5 O.-R.*

Zu denjenigen Thatsachen, welche die kantonalen Gerichte gemäss Art. 30 Abs. 4 des Organisationsgesetzes endgültig feststellen, gehören nicht nur äussere, sondern auch innere, psychische Vorgänge, wie diess vom Bundesgerichte in dem Urtheile i. S. Dürselen c. Bader [1]) ausgeführt ist. Ob aber eine Verpflichtung besteht, über einen Antrag, eine Anzeige u. dgl. sich zu äussern, und desshalb Stillschweigen als Annahme oder Genehmigung auszulegen sei, ist eine Rechts- und nicht eine Thatfrage, wenn auch freilich bei Beantwortung derselben die Umstände des Einzelfalles wesentlich in Betracht kommen.

Stillschweigen auf einen Antrag oder eine Anzeige ist im Allgemeinen, und zwar auch im Handelsrecht, durchaus nicht als Annahme oder Genehmigung zu betrachten, sondern darf nur unter besonderen Umständen als ein concludentes, d. h. als Einwilligung gedeutet werden. Die besondern Bestimmungen (z. B. Art. 393 O.-R), in welchen das Gesetz ausdrücklich dem Stillschweigen die Wirkung der Annahme beilegt, beweisen gerade, dass regelmässig das Gegentheil gilt. Als Umstände, welche das Stillschweigen auf die Mittheilung eines Antrages, einer Anzeige u. s. w. als ein concludentes gestalten, können in Betracht kommen dauernde Geschäftsverbindung, zusammengehalten damit, dass der Empfänger der Anzeige (in concreto einer Monatsrechnung, worin ein Kommissionär dem Kommittenten anzeigte, dass er ein Börsengeschäft, welches nach dem Auftrage des Kommittenten hätte liquidirt werden sollen, entgegen diesem Auftrage prolongirt hatte) dem Anzeiger (Kommissionär) mehrfach anheimgegeben hatte, seine Interessen bei einzelnen Geschäften nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren. (Entscheid vom 15. Mai 1886 i. S. Weiler u. Piccard c. Dukas.)

---

[1]) Siehe diese Revue Bd. 2 Nr. 61 S. 89.

81. *Art. 55 O.-R. und Art. 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Inwiefern ist das Bundesgericht berechtigt, ein kantonales Urtheil bezüglich der Höhe der nach Art. 55 O.-R. gesprochenen Entschädigung abzuändern?*

Die Fixirung der in einem Einzelfalle nach Art. 55 O.-R. zuzubilligenden „angemessenen Geldsumme" ist der Natur der Sache nach freiestem richterlichen Ermessen anheimgegeben. Eine Verletzung des Gesetzes, welche das B.-Ger. zur Abänderung eines kantonalen Urtheils berechtigte, liegt nur vor, wenn Momente, welche nach Sinn und Geist des Gesetzes für das Ausmass der dem Kläger zuzusprechenden Geldsumme in Betracht kommen, vom kantonalen Richter verkannt worden sind. Denn das richterliche Ermessen ist allerdings auch im Falle des Art. 55 O.-R. kein willkürliches, an sachliche Schranken nicht gebundenes. (Entscheid vom 22. Mai 1886 i. S. Steiner c. Huwyler.)

---

82. *Art. 62 und 64 O.-R. Haftung des Staates für Handlungen seiner Beamten.* [1])

Art. 62 O.-R. statuirt allerdings eine besondere (auf einer Vermuthung für das Verschulden beruhende) Haftbarkeit des Geschäftsherrn mit Bezug auf Delikte seiner Angestellten. Allein diese ausnahmsweise Haftung wird nach Abs. 2 jenes Artikels auf juristische Personen ausdrücklich nur dann erstreckt, wenn diese juristischen Personen ein Gewerbe betreiben. Auf Delikte, welche Staatsbeamte in Besorgung öffentlicher Verwaltungszweige begehen, findet Art. 62 O.-R. überhaupt keine Anwendung; für solche Delikte verbleibt es vielmehr, wenn nicht das kantonale (Civil- oder Staats-)Recht gemäss der ihm durch Art. 64 O.-R. vorbehaltenen Kompetenz etwas anderes statuirt, bei dem allgemeinen Grundsatze, dass einzig der Schädiger persönlich haftet. (Entsch. v. 13. Febr. 1886 i. S. Schindler c. Schwyz.)

---

83. *Art. 131 und 138 O.-R. Verhältniss dieser Bestimmungen zu den kantonalgesetzlichen Vorschriften über die prozessuale Geltendmachung der Kompensationseinrede.*

Das O.-R. enthält über die prozessuale Geltendmachung der Kompensationseinrede keine Bestimmungen und schliesst durchaus nicht aus, dass die Kantonalgesetzgebung Vor-

---

[1]) Vgl. Hafner, Ausgabe d. O.-R., Anm. 1 zu Art. 64, und diese Revue oben Nr. 39.

schriften darüber aufstelle, wann diese Einrede im Prozesse und im Vollstreckungsverfahren bei Strafe des Ausschlusses vorgeschützt werden muss. (Entsch. v. 14. Mai 1886 i. S. Lederrey.)

---

84. *Art. 512 O.-R. Oertliche Anwendung des Rechtes. Begriff des unklagbaren Differenzgeschäftes.*

1. Die Vorschrift des Art. 512 O.-R., dass aus solchen Lieferungs- und Differenzgeschäften über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, keine Forderung entsteht, ist vom schweizerischen Richter auch dann anzuwenden, wenn solche Geschäfte im Auslande zu erfüllen und dort gültig sind.

2. Jene Vorschrift hat nicht alle Zeitgeschäfte im Auge, sondern nur diejenigen Operationen, welche unter der Maske eines Zeitgeschäftes ein Spiel verbergen. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrages auf unzweifelhafte Weise ihre Absicht dahin manifestirt haben, dass sie weder kaufen noch verkaufen, sondern die Lieferung der Waare ausschliessen und den Vertrag lediglich durch Bezahlung der aus der Verschiedenheit der Kurse zu Gunsten des einen oder andern Theils sich ergebenden Differenzen erfüllen wollen. (Entsch. v. 1. Mai 1886 i. S. Titzk c. Lappé.)

---

85. *Art. 547 und 576 O.-R. Kann ein Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft wegen einer durch sein eigenes schuldhaftes Verhalten bewirkten Störung des Gesellschaftsverhältnisses verlangen?*

Wenn Art. 547 O.-R. vorschreibt, dass aus „wichtigen Gründen" die Auflösung der Gesellschaft auch vor Ablauf der Vertragsdauer verlangt werden könne, so lässt dieser Rechtssatz allerdings dem Ermessen des Richters darüber, ob ein geltend gemachter Auflösungsgrund ein wichtiger sei, einen weiten Spielraum. Allein kein Gesellschafter kann als Auflösungsgrund sein eigenes schuldhaftes Handeln bezw. die dadurch herbeigeführte Störung des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander geltend machen; einer hierauf gestützten Klage steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Einrede der Arglist entgegen. Das Gegentheil annehmen hiesse, es jedem Gesellschafter freistellen, durch eigene willkürliche Handlungen den Gesellschaftsvertrag vor Ablauf der

Vertragsdauer zu jedem ihm beliebigen Zeitpunkte aufzulösen und dadurch unter Umständen seinen Mitgesellschaftern einen Schaden zuzufügen, wofür eine etwaige Schadensersatzpflicht vielleicht nur ein ungenügendes Aequivalent böte. (Entsch. v. 5. März 1886 i. S. Dürr c. Billeter.)

---

86. *Art. 656 und Art. 898 O.-R. Kommen die Grundsätze des O.-R. über die Aufstellung der Bilanzen der Aktiengesellschaften sofort mit Inkrafttreten des O.-R. zur Anwendung? Voraussetzungen der Vertheilung von Dividenden. Sind die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, die auf Grund einer gesetzwidrigen Bilanz beschlossene Vertheilung fictiver Dividenden durch Klage gegen die Gesellschaft zu verhindern?* [1])

Angenommen der in Art. 893 Abs. 1 O.-R. aufgestellte Grundsatz, dass Statuten einer vor dem 1. Januar 1883 rechtsgültig begründeten Aktiengesellschaft, welche den Vorschriften des O.R. zuwiderlaufen, bis Ende 1887 unverändert fortbestehen dürfen, erstrecke sich auch auf die Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz, und die bezüglichen Bestimmungen des O.-R. kommen nicht vielmehr schon mit Rücksicht auf ihre zwingende Natur sofort zur Anwendung, so ist letzteres doch der Fall, wenn die Statuten abweichende dem neuen Gesetze widersprechende Bestimmungen nicht enthalten. Uebrigens enthält Art. 656 O.-R. im Wesentlichen (wenigstens für den Kanton Zürich) kaum neues Recht, sondern nur die genauere Formulirung von Sätzen, welche als der Natur der Aktiengesellschaft entsprechend schon früher theoretisch anerkannt waren.

Nach den Bestimmungen des O.-R. ist eine Vertheilung von Dividenden an die Aktionäre nur dann statthaft, wenn das (einbezahlte) Grundkapital der Aktiengesellschaft ungeschwächt vorhanden ist und die gesetzmässig aufgestellte Jahresbilanz darüber hinaus noch einen Reingewinn ergibt. So lange das Grundkapital durch Verluste geschwächt ist, dürfen Dividenden nach dem O.-R. auch dann nicht vertheilt werden, wenn das einzelne Bilanzjahr, für sich allein genommen, einen Ueberschuss der Einnahmen, also einen Gewinn ergibt.

---

[1]) Ueber das Verhältniss der Bestimmungen des B.-Ges. über das Rechnungswesen der Eisenbahnen zu den Bestimmungen des O.-R. s. die folgende N°. 87, insbesondere auch die Note am Schlusse derselben.

Dieser Grundsatz (welchen allerdings beispielsweise das französische Recht nicht als einen zwingenden anzuerkennen scheint, vrgl. Lyon-Caen und Renault, Précis I S. 241) folgt mit Nothwendigkeit aus Art. 630 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 656 Ziffer 6 des Gesetzes. Wenn Art. 630 Abs. 1 vorschreibt, dass Dividenden nur aus dem Reingewinne, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, vertheilt werden dürfen, in die Jahresbilanz dagegen gemäss Art. 656 Ziffer 6 das Grundkapital, d. h. das volle einbezahlte Kapital als Passivum einzustellen ist, so folgt von selbst, dass Dividenden nur vertheilt werden dürfen, wenn das Grundkapital vollständig vorhanden ist; denn andernfalls kann die Jahresbilanz einen Reingewinn unmöglich ergeben. Das Gesetz erblickt in der Ausrichtung von Dividenden bei geschwächtem Grundkapital eine unstatthafte Verminderung des letztern; das Grundkapital muss in erster Linie intakt erhalten und daher, wenn es durch Verluste geschwächt ist, aus den Einnahmeüberschüssen der spätern Jahre wieder hergestellt werden. So lange dies nicht geschehen ist, liegt ein Reingewinn im Sinne des Gesetzes nicht vor, so dass eine Dividende, da sie dem Grundvermögen bezw. einem nach dem Gesetze zu Wiederherstellung desselben bestimmten Vermögensbestandtheile entnommen werden müsste, nicht vertheilt werden darf.

Das Gesetz schreibt zwar nirgends ausdrücklich vor, dass die Gläubiger einer Aktiengesellschaft berechtigt seien, die auf Grund einer gesetzwidrigen, unrichtigen Bilanz beschlossene Vertheilung fiktiver Dividenden an die Aktionäre durch Klage gegen die Gesellschaft zu verhindern; es ist dies indess nichtsdestoweniger anzuerkennen. Die Vertheilung einer fiktiven Dividende auf Grund einer unrichtigen, gesetzwidrigen Bilanz involvirt in That und Wahrheit eine theilweise Zurückzahlung des Grundkapitals an die Aktionäre. Nun kann aber doch kaum ein Zweifel darüber obwalten, dass die Gläubiger einer Aktiengesellschaft berechtigt sind, durch Klage gegen die Gesellschaft die Rückzahlung oder Herabsetzung des Grundkapitals zu hindern, wenn dieselbe unter Missachtung der hiefür geltenden gesetzlichen Vorschriften (Art. 670, 667 O.-R.), d. h. ohne vorherige Befriedigung oder Sicherung beschlossen werden sollte. Da bei der Aktiengesellschaft das Grundkapital die Kreditbasis, das Substrat, auf welchem der Verein beruht, bildet, so haben die Gesellschaftsgläubiger ein gesetzliches Recht darauf, dass dasselbe erhalten bleibe, d. h. nicht durch willkürliche Handlungen, speziell

durch Rückzahlungen an die Aktionäre, vernichtet oder geschmälert werde. Dieses Recht aber wird thatsächlich nicht nur dann verletzt, wenn eine solche Rückzahlung offen beschlossen, sondern auch dann, wenn sie durch Aufstellung einer unrichtigen, gesetzwidrigen Bilanz und dadurch ermöglichte Auszahlung eines angeblichen, in Wahrheit nicht vorhandenen Reingewinnes bewerkstelligt wird. Den Gläubigern hier den Rechtsschutz gegen die Gesellschaft verweigern und sie auf die Verantwortlichkeitsklage gegen das Verwaltungspersonal (Art. 617, 674 und 675) oder auf eine später etwa gegen die Aktionäre anzustellende Klage auf Rückerstattung empfangener nicht verdienter Dividenden verweisen (Art. 632), hiesse offenbar, sowohl mit Rücksicht auf die für die erwähnten Klagen geltenden einschränkenden Rechtsnormen als mit Rücksicht auf die regelmässige Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse, dem Gläubigerrecht den wesentlichsten Theil seines praktischen Werthes entziehen. Es ist gewiss evident, dass wenn das Gesetz über die Aufstellung der Bilanz der Aktiengesellschaften detaillirte und zwingende Regeln aufgestellt hat, dies wesentlich auch im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft geschehen ist, so dass diesen nach Sinn und Geist des Gesetzes das Recht eingeräumt werden muss, darüber zu wachen, dass diese Grundsätze nicht in einer ihre Rechte schmälernden und gefährdenden Weise verletzt werden. Richtig ist freilich, dass nicht jede Unrichtigkeit der Bilanz einer Aktiengesellschaft die Gläubiger zur Einsprache berechtigt, sondern dass dies nur dann der Fall ist, wenn die Unrichtigkeit derart ist, dass in Folge derselben eine fiktive Dividende vertheilt und dadurch das den Gläubigern verfangene Grundkapital der Gesellschaft geschmälert werden soll. Nur in diesem Falle werden die Rechte der Gläubiger durch die falsche Bilanz beeinträchtigt; in diesem Falle aber ist, wie bemerkt, den Gläubigern ein Klagerecht gegen die Gesellschaft wirklich zuzugestehen. (Entsch. v. 10. April 1886 i. S. Nordostbahn gegen das Comite für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn, betr. die Dividendenvertheilung pro 1883.)

---

87. *Bilanzen der Eisenbahngesellschaften. 1) Rechtliche Natur des den Gläubigern einer Actiengesellschaft zustehenden Rechtes, gegen die Gesellschaft auf Unterlassung der Vertheilung fictiver Dividenden zu klagen.* 2) *Verhältniss des Eisenbahnrechnungs-*

*gesetzes*[1]) *vom 21. Dez. 1883 zu den Bestimmungen des eidg. O.-R. betreffend Aufstellung der Bilanzen.*[2])

1. Sofern den Gläubigern einer Actiengesellschaft ein Recht gegen die Gesellschaft auf Unterlassung der Vertheilung fictiver Dividenden zu klagen wirklich zusteht,[3]) ist dieses Recht jedenfalls nicht ein vertragliches, sondern ein gesetzliches. Allerdings steht dasselbe den Gläubigern in dieser ihrer Eigenschaft (als Gläubigern) zum Schutze ihrer Forderungsrechte zu; allein es hat seinen Entstehungsgrund doch nicht in den die einzelne gläubigerische Forderung begründenden juristischen Thatsachen, sondern es entsteht, ähnlich wie der paulianische Anspruch, kraft Gesetzes aus der die Gläubigerrechte gefährdenden Rechtshandlung des Schuldners. Es ist daher in Bestand und Umfang, wie der paulianische Anspruch, nicht nach dem zur Zeit der Begründung des gefährdeten Gläubigerrechtes, sondern nach dem zur Zeit der gefährdenden Rechtshandlung des Schuldners gültigen Rechte zu beurtheilen; es empfängt nicht durch das zur Zeit der Begründung der gläubigerischen Forderung geltende Recht seine definitive Gestaltung, sondern wandelt sich mit den Grundsätzen des objectiven Rechts über den Schutz der Gläubiger gegen gefährdende Rechtshandlungen des Schuldners resp. speziell einer schuldnerischen Aktiengesellschaft.

2. Die materiellen Grundsätze des E. R. G. gelten nicht nur für das Verhältniss des Bundes zu den Eisenbahngesellschaften, sondern auch für das Verhältniss letzterer zu Dritten. Dies folgt zur Evidenz aus dem Texte, der ganzen Haltung und dem Zwecke des Gesetzes. Das E. R. G. will, wie sich aus seinem Art. 1 unzweideutig ergiebt, die Grundsätze des O.-R. über die Aufmachung der Bilanz der Aktiengesellschaften für die Eisenbahngesellschaften theilweise modifiziren und ergänzen. Die modifizirten Bilanzgrundsätze des E. R. G. sollen also für die Eisenbahngesellschaften an Stelle der für die andern Aktiengesellschaften unverändert geltenden entsprechenden Bilanzgrundsätze des O.-R. treten. Daraus folgt von selbst, dass den Bilanzgrundsätzen des E. R. G. für die Eisenbahngesellschaften die ganz gleiche Bedeutung wie den entsprechenden Vorschriften des O.-R. für die übrigen Aktiengesellschaften zukommen muss, dass sie also mit und in erster

---

[1]) Im Folgenden mit E. R.-G. citirt.

[2]) Siehe das Urtheil der zürich. Appellationskammer in Schweizerblätter für handelsrechtliche Entscheidungen, V. Band, Nr. 2, S. 17 ff.

[3]) Vergl. hierüber die vorhergehende Nr. 86.

Linie gerade dafür entscheidend sein sollen, ob ein vertheilbarer Reingewinn vorliege; liegt ein Reingewinn nach einer gemäss den Vorschriften des E. R. G. aufgestellten Bilanz wirklich vor, so darf derselbe von Gesetzeswegen auch vertheilt werden. Vollständig richtig ist freilich, dass das E. R. G. so wenig wie das O.-R. allfällig gegenüber einzelnen Gläubigern gültig eingegangenen privatrechtlichen Verpflichtungen einer Eisenbahngesellschaft, die Vertheilung eines vorhandenen Reingewinnes während eines gewissen Zeitraumes oder bis zur Befriedigung des betreffenden Gläubigers zu unterlassen, präjudizirt. Allein hierum kann es sich in casu nicht mehr handeln.[1]) (Entsch. v. 10. April 1886 i. S. Nordost-

[1]) Bezüglich einerseits der Frage, ob auch nach dem E. R. G. den Gesellschaftsgläubigern ein Recht zustehe, sich der Vertheilung von Dividenden wegen Unrichtigkeit der Bilanz durch gerichtliche Klage zu widersetzen, oder ob die Entscheidung über die Richtigkeit der Bilanz, vorbehältlich der dem Bundesgerichte in Art. 5. Abs. 2 ibid. eingeräumten Befugniss, vollständig in die Hände des Bundesrathes gelegt sei, — und anderseits bezüglich der Frage, ob die von der Nordostbahn gegenüber verschiedenen Gesellschaften für Begründung gewisser Eisenbahnlinien eingegangenen Bauverpflichtungen als Passiva in deren Bilanz einzustellen seien, sprach sich das B.-Ger. nicht bestimmt aus. Die diesf. Erwägung lautet: „es steht jedenfalls so viel fest, dass in Betreff der Amortisationsquoten und Amortisationsperioden für verlorene Theile des Grundkapitals die Entscheidung des Bundesrathes definitiv und für alle massgebend ist und dass eine gerichtliche Anfechtung der Bilanz einer Eisenbahngesellschaft durch Gläubiger (oder Aktionäre) derselben nur aus anderen Gründen, z. B. weil Passiven fälschlich in die Bilanz nicht eingestellt worden seien, möglich ist. Allein es kann nun dahingestellt bleiben, ob nach dem E. R. G. ein gerichtliches Anfechtungsrecht der Gläubiger überhaupt besteht. Denn die bundesräthlich genehmigte Bilanz der N. O. B. für 1884 ist von der Klägerin nur in Einem Punkte, in Bezug auf die Unterlassung, die aus den Bau- und Stundungsverträgen sich ergebenden Bauverpflichtungen der N. O. B. als Passiven in die Bilanz einzustellen, angefochten worden. Diese Bemängelung aber ist, so wie sie vorgebracht wurde, gewiss unbegründet. Es mag dahin gestellt bleiben, ob die betreffenden Verpflichtungen in der Bilanz überhaupt berücksichtigt werden müssen und ob ihnen nicht einfach gemäss Art. 2 des E. R. G. als Aktivum der Bauwerth der künftigen Linien gegenüber gestellt werden könne. Denn es ist klar, dass, selbst wenn die betreffenden Bau-Verpflichtungen in der Bilanz berücksichtigt werden müssen, jedenfalls nicht gefordert werden kann, dass sie einfach zum Betrage der präliminirten Baukosten als Passivum in die Bilanz eingestellt

bahn gegen Gesellschaft für Begründung einer rechtsufrigen Zürichseebahn, betr. Dividendenzahlung für 1884.)

---

88. *Art. 882 O.-R. Zeitliche Anwendung des eidg. O.-R. bezüglich Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen.*

F. hatte im Jahre 1880 eine auf seinem Grundstücke befindliche der R. gehörende Wasserleitung zerstört. Nachdem er durch Urtheil vom 27. April 1883 zur Wiederherstellung derselben verpflichtet worden, dieser Verpflichtung aber nicht nachgekommen war, klagte die R. gegen ihn eine Schadensersatzforderung von Fr. 5000 ein. Dieselbe wurde jedoch von dem kantonalen Gerichte nur im Betrage von Fr. 2500 gutgeheissen, und die Verurtheilung ausschliesslich darauf gestützt, dass F. das Urtheil vom 27. April 1883 nicht ausgeführt habe.

Das B.-G., an welches das Urtheil vom Beklagten weiter gezogen worden war, erklärte sich incompetent, weil die Klage sich auf die im Jahre 1880 erfolgte Zerstörung der Wasserleitung stütze, die Wirkungen dieser schadenbringenden Handlung aber gemäss Art. 882 O.-R. vom alten Rechte, unter welchem sie vorgefallen, bestimmt werden[1]). (Entsch. v. 2. April 1886 i. S. Flood c. Rossel.)

---

werden, sondern dass höchstens ein aus Ausführung der fraglichen Verträge zu gewärtigender, schon jetzt als feststehend zu betrachtender Verlust der N. O. B. als Passivum einzustellen wäre. In dieser Richtung ist nun aber der Prozess gar nicht instruirt worden und es kann daher die N. O. B. zu Einstellung eines solchen Passivpostens keinenfalls verhalten werden".

[1]) Der Satz, dass die rechtlichen Wirkungen einer schädigenden Handlung von dem Rechte, welches im Zeitpunkte ihrer Ereignung besteht, reglirt werden, ist ohne Zweifel richtig. Allein nachdem das kantonale Gericht rechtskräftig entschieden hatte, dass die Zerstörung der Wasserleitung für sich allein nach dem damals geltenden kantonalen Rechte keine Schadensersatzpflicht begründe, und die theilweise Gutheissung der Schadensersatzforderung lediglich auf den Ungehorsam gegen das Urtheil vom 27. April 1883, also auf eine unter der Herrschaft des O.-R. vorgekommene Thatsache, gestützt hatte, so ist die Anwendbarkeit des O.-R. und damit die Kompetenz des B.-G. wohl mit Unrecht verneint worden, da für das B.-G. lediglich noch in Frage war, ob die Schadensersatzforderung auf jene Thatsache gegründet werden könne. Vergl. Dernburg, Pandecten, Bd. I. S. 614 § 255 a. E. in Verbindung mit S. 520 Ziff. 3.

89. *Art. 172 und 882 O.-R. Zeitliche Anwendung des O.-R. auf bedingte Geschäfte.*

Art. 172 O.-R. normirt die Wirkung bedingter Rechtsgeschäfte während des Schwebens der Bedingung; sie ist daher, gemäss Art. 882 O.-R., nur auf solche Rechtsgeschäfte anwendbar, welche unter der Herrschaft des O.-R. abgeschlossen wurden. (Entsch. v. 10. April 1886 i. S. Nordostbahn c. Rechtsufrige Zürichseebahn.)

---

90. *Art. 726, 755, 882, 901 u. 904 O.-R., Art. 29 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege. Zeitliche Anwendung des O.-R. bezüglich der wechselrechtlichen Legitimation zum Zahlungsempfang. Bedeutung und Wirkungen des Indossaments; Indossament nach Präjudizirung des Wechsels. Prüfung der Legitimation zum Zahlungsempfange; unter welchen Voraussetzungen ist der Remittent, der zugleich Indossant des Wechsels ist, als Wechselgläubiger legitimirt? Beurtheilung der Wirkungen einer Wechselverpflichtung nach dem zur Zeit der Eingehung derselben geltenden Rechte. Einrede der Kompensation gegen unter der Herrschaft des früheren kantonalen Rechts entstandene Wechselforderungen. Inkompetenz des B.-Ger. zur Nachprüfung der auf kantonalem Rechte beruhenden Entscheidungen der kantonalen Gerichte*[1]).

J. S. hatte im Jahre 1881 zu Gunsten X. D. zwei eigene Wechsel, zahlbar im April und Juni 1882, ausgestellt. Im Januar 1882 trat X. D. schuldenhalber aus und es wurde über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet. Unter den Konkursactiven comparirten die beiden Wechsel nicht. Dagegen wurden dieselben im Sommer 1885 von Amtmann X. Namens eines L. S. gegen J. S. geltend gemacht, und zwar gestützt auf ein undatirtes Blankoindossament des X. D. und ein Inkassoindossament des L. D. zu Gunsten Amtmann X. Der Wechselschuldner J. S. stellte der Klage des L. S. die Einrede entgegen, L. S. sei trotz des Eigenthumsindossaments nur Mandatar des X. D. und zudem habe derselbe gewusst, dass X. D. die beiden Wechsel seiner Konkursmasse entzogen habe. Gestützt auf diese Einrede wurde die Wechselklage des L. S. von dem kantonalen Gerichte unterm 25. Nov. 1885 abgewiesen. Darauf übergab der Anwalt des L. S. die beiden Wechsel der Konkursmasse des X. D. und diese machte

---

[1]) Vergl. diese Revue Bd. III. S. 6 N° 4.

sie nun, ohne das Blankoindossament des X. D. und das demselben nachfolgende Prokuraindossament des L. S. zu streichen, gegen den Aussteller der Wechsel, J. S., geltend. Dieser Klage gegenüber erhob J. S. folgende Einwendungen:

1) der Konkursmasse des X. D. fehle die wechselrechtliche Legitimation;
2) den beiden Wechseln liege ein materielles Schuldverhältniss nicht zu Grunde, und
3) es stehe ihm an X. D. eine Gegenforderung zu, welche er zur Kompensation verstelle.

Im Uebrigen ergeben sich die thatsächlichen Verhältnisse aus der Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils, welcher wir folgendes entnehmen:

*ad 1.* Dass die klagende Konkursbehörde zur Geltendmachung der wechselmässigen Rechte des X. D. befugt sei, ist durch die Vorinstanzen endgültig festgestellt. Denn die Befugniss der Konkursverwaltung, an Stelle des Kridars dessen Rechte auszuüben, richtet sich nach kantonalem Rechte. Die Frage ist also dahin zu stellen, ob der (durch die Konkursbehörde vertretene) Kridar X. D. legitimirt sei, die Rechte aus den Klagewechseln gegen den Aussteller geltend zu machen. Hiefür ist eidgenössisches und nicht kantonales Recht massgebend. Allerdings sind die Klagewechsel vor dem Inkrafttreten des eidg. O.-R. ausgestellt worden; allein die beiden Indossamente sind, wie die kant. Gerichte ohne Rechtsirrthum festgestellt haben, seit dem 31. Dec. 1882, also unter der Herrschaft des eidg. O.-R. gegeben worden. Bei der Frage der Legitimation handelt es sich aber um die Wirkung dieser Indossamente, — zunächst darum, ob durch dieselben die wechselrechtliche Legitimation des Remittenten D. aufgehoben werde, — und hiefür ist gemäss Art. 882 Abs. 3 O.-R. das zur Zeit der Wechselbegebung geltende eidg. O.-R. und nicht das zur Zeit der Ausstellung der Wechsel gültige kant. Recht massgebend. Art. 901 O.-R., auf welchen Klägerin sich heute berufen hat, trifft nicht zu, denn derselbe bezieht sich nur auf den objectiven Bestand, Art und Umfang der Haftung des Wechselschuldners, nicht dagegen auf die Legitimation des Wechselgläubigers; letztere richtet sich nach dem zur Zeit des Rechtserwerbes durch den Gläubiger geltenden Rechte.

Die Klagewechsel sind, weil nicht rechtzeitig protestirt, präjudizirt. Da die Klägerin sich demnach zur Herstellung ihrer Legitimation auf einen Protest nicht berufen kann, so gelten für die Legitimationsprüfung ausschliesslich die Grund-

sätze des Art. 755 O.-R. Die Legitimation des Inhabers ist nach den gleichen Regeln zu beurtheilen wie vor oder bei Verfall, und die Eigenschaft der Indossamente als Nachindossamente ist gleichgültig. Die Anschauung der Vorinstanzen nun, dass ein Wechselnehmer, der zugleich Indossant ist, zur Geltendmachung der Rechte aus dem Wechsel durch eine seinem Indossamente vorangehende zusammenhängende Kette von Wechselerklärungen, verbunden mit dem Haben des Wechsels auch dann legitimirt werde, wenn sein eigenes Indossament und allfällig weiter nachfolgende Indossamente undurchstrichen auf dem Wechsel stehen, ist mit dem Inhalte der Art. 728 und 755 O.-R. unvereinbar[1]). Das Indossament überträgt alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar. Dieser wird dadurch Eigenthümer des Wechsels, während der Indossant das Eigenthum verliert (Art. 728 u. 755 O.-R.). Art. 755 O.-R., welcher zur Legitimation des Wechselinhabers eine zusammenhängende bis auf ihn herunterreichende Kette von Indossamenten verlangt, ist ein Ausfluss dieses Princips, er beruht darauf, dass das Indossament eben die wechselrechtliche Form der Eigenthumsübertragung ist. Diese Gesetzesbestimmung kann daher auch nur dahin verstanden werden, dass der Wechselinhaber durch eine solche zusammenhängende Girokette, welche gemäss der Regel der Uebertragung der Wechselrechte durch Indossament ihn als Eigenthümer des Wechsels erscheinen lässt, legitimirt werde. Ein Wechselnehmer dagegen, der den Wechsel weiter begeben hat und dessen Indossament allein oder gefolgt von andern Indossamenten undurchstrichen auf dem Wechsel steht, kann seine Legitimation nicht durch die seinem Indossamente vorangehenden, wenn auch unter sich zusammenhängenden, Wechselerklärungen verbunden mit dem Haben des Wechsels herstellen; denn der Inhalt des Wechsels selbst spricht alsdann gegen sein Recht. Die Möglichkeit, dass der Wechselinhaber die nachfolgenden Giri thatsächlich streichen kann und unter Umständen auch zu streichen berechtigt ist, ändert hieran nichts. Indossamente, welche nicht wirklich durchstrichen sind, können gemäss der formellen Natur des Wechselrechtes nicht einfach desshalb als gestrichen gelten, weil sie thatsächlich hätten gestrichen werden können oder rechtlich hätten

[1]) A. Ans. namentlich Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. S. 511 ff. Vergleiche aber gegen ihn Kuntze-Brachmann, in Endemanns Handbuch des Handels- und Wechselrechtes, Bd. IV. 2. Abthlg. S. 244, Ziff. VII. und S. 286, Note 4.

gestrichen werden dürfen. Dagegen ist die Legitimation der Klagepartei aus folgendem Grunde anzuerkennen. Durch das zwischen L. S. und J. S. am 25. Nov. 1885 erlassene Urtheil wurde festgestellt, dass der Remittent und Blankoindossant X. D. zur Zeit der Indossirung der Klagewechsel dispositionsunfähig war, und dass der Blankoindossatar L. S., wenn er überhaupt nicht als blosser Bevollmächtigter des X. D. zu betrachten sei[1]), den Wechsel in Kenntniss dieses Umstandes, in bösem Glauben, erworben habe. Damit, sowie mit der weitern Feststellung der Vorinstanzen im gegenwärtigen Prozesse, dass der Vertreter des L. S. verpflichtet[2]) gewesen sei, die Wechsel der Konkursbehörde auszuhändigen, ist aber ausgesprochen, dass die Konkursmasse X. D. berechtigt war, die Klagewechsel gemäss Art. 790 O.-R. von dem Besitzer L. S. herauszuverlangen. Bei dieser Sachlage ist offenbar anzunehmen, dass der Vertreter des L. S., wenn er die Wechsel der Konkursbehörde aushändigte, dies in Anerkennung des Vindikationsanspruches der Masse D. that und thun musste. Die Masse D. ist demnach als Eigenthümerin der Klagewechsel zur Klage gegen den Aussteller berechtigt und es können ihr die Indossamente, die als in Folge durchgeführter Vindikation rescindirt gelten müssen, nicht entgegenstehen.

*ad 2 u. 3.* Zur Ueberprüfung der auf diese Einreden bezüglichen Beschwerden ist das B.-G. nicht kompetent. Die Vorinstanzen haben ausgeführt, dass nach dem zur Zeit der Ausstellung der Klagewechsel geltenden kantonalen (dem Rechtsmittel der Anrufung des B.-G. entzogenen) Wechselrechte die betreffenden Einreden gegenüber von Wechselforderungen durch die rechtliche Natur der letztern ausgeschlossen gewesen seien, m. a. W. dass die durch den Ausschluss dieser Einreden bedingte strenge Haftung des Wechselschuldners ein Ausfluss der besondern Natur der Wechselverpflichtung, der materiellen Wechselstrenge, wie dieselbe durch das kantonale Recht geordnet war, sei. Die Anwendung des kantonalen Rechtes in dieser Beziehung verstösst nicht gegen die Uebergangsbestimmungen zum eidg. O.-R., speziell Art. 882 Abs. 3. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, dass nach Art. 882 Abs. 1 und nach Art. 901

---

[1]) Vergl. über das fiduziarische Indossament und die Einrede des Dolus im deutschen Wechselrechte nun namentlich die treffliche Abhandlung von Werthauer, in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. XIII. S. 586 ff.

[2]) Gemäss den Bestimmungen der kantonalen Konkursgesetzgebung.

O.-R. die Wirkungen einer Verpflichtung, speziell die besondere — durch die besondere rechtliche Natur des Wechsels bedingte — Wirkung einer Wechselverpflichtung nach dem zur Zeit der Eingehung der Wechselverpflichtung geltenden Rechte zu beurtheilen sind. (Entsch. v. 21. Mai 1886 i. S. Konkursmasse Dreifus c. J. Schrameck.)

---

91. *Art. 5 Abs. 2 und Art. 28 des Markenschutzgesetzes. Kommt die Vermuthung des Art. 5 Abs. 2 auch den vor dem 1. Oct. 1879 benutzten Marken, welche nicht innert der in Art. 28 festgesetzten dreimonatlichen Frist hinterlegt worden sind, zu gute?*

Die Präsumtion des Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes kommt denjenigen Waarenzeichen, welche schon vor dem 1. Octbr. 1879 benutzt worden sind, nicht zu gute. Diese alten Waarenzeichen hätten gemäss Art. 28 des cit. Gesetzes binnen der dort vorgesehenen dreimonatlichen Frist beim eidg. Amte hinterlegt werden sollen, und eine solche vorschriftsgemäss erfolgende Deposition hätte alsdann gegenüber etwaigen Einsprachen eine Vermuthung zu Gunsten des Hinterlegers nicht begründet. Durch die Versäumung der gesetzlichen Frist kann aber eine bessere Rechtsstellung als durch rechtzeitigen Eintrag nicht erlangt werden. Wenn daher überhaupt durch verspäteten Eintrag alter schweizerischer Marken ein ausschliessliches Benutzungsrecht noch erlangt resp. gewahrt werden kann, so muss derjenige, der ein solches Recht beansprucht, jedenfalls nachweisen, dass ihm die Priorität im Gebrauche des Zeichens zustehe. (Entsch. v. 19. März 1886 i. S. Schärer & Cie. c. Fritschi & Woodtli.)

---

92. *Art. 6 des Markenschutzgesetzes und Art. 30 B.-G. über Organisation der Bundesrechtspflege. Ist die Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken eine der Nachprüfung des Bundesgerichtes entzogene Thatfrage?*

Die Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken ist nicht eine blosse der Nachprüfung des B.-Ger. entzogene Thatfrage. Denn deren Beantwortung wird von Rechtssätzen beherrscht; sie hängt in erster Linie davon ab, welche Anforderungen das Gesetz (Art. 6 des Markenschutzgesetzes) bezüglich der Differenzirung neugebildeter Marken von ältern berechtigten Zeichen stellt. (Entsch. v. 22. Mai 1886 i. S. Strütt c. Niederuster.)

---

93. *Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht. Art. 6 und 8 des B.-Ges. vom 3. Heumonat 1876. Kann ein verheiratheter Schweizerbürger nur für seine Person, mit Ausschluss von Frau und Kindern, auf das Schweizerbürgerrecht verzichten?*

Ein Verzicht des Familienhauptes auf das schweiz. Bürgerrecht ist, sofern es den Verlust desselben auch für die unselbständigen Familienglieder nach sich zieht, nur dann statthaft, wenn auch letzteren das Bürgerrecht in dem neuen Heimatstaate gesichert ist. Wirkt dagegen die dem Familienhaupte ertheilte Entlassung nicht auch für Ehefrau und Kinder, sondern behalten dieselben trotz der Entlassung des Familienhauptes das schweizerische Bürgerrecht bei, so ist nach dem Gesetze nicht erforderlich, dass auch ihnen das neue Bürgerrecht des Ehemannes und Vaters erworben werde, vielmehr steht alsdann nichts entgegen, dass letzterer nur für seine Person das Bürgerrecht eines fremden Staates erwerbe und nur für seine Person auf das schweizerische Bürgerrecht verzichte. Nun hat das Gesetz den Grundsatz, dass Ehefrau und minderjährige Kinder dem Bürgerrechte des Ehemannes und Vaters folgen, insoweit es sich um den Verlust des schweizerischen Bürgerrechtes durch Verzicht handelt (anders, wenigstens in Betreff der Ehefrau, beim Erwerbe desselben durch Naturalisation, vergl. Art. 3), nicht unbedingt festgehalten. Art. 8 Abs. 3 lässt vielmehr die Entlassung des Familienhauptes für Ehefrau und minderjährige Kinder nur dann wirken, wenn dieselben mit dem Ehemann und Vater in gemeinsamer Haushaltung leben. Ist dies nicht der Fall, so kann der Ehemann und Vater für Frau und Kinder gar nicht wirksam auf das schweizerische Bürgerrecht verzichten; dieselben bleiben vielmehr trotz seiner Entlassung Schweizerbürger. Sogar wenn die Familie in gemeinsamer Haushaltung lebt, können „Ausnahmen" von dem Grundsatze, dass Ehefrau und Kinder dem Bürgerrechte des Familienhauptes folgen, gemacht werden. Wenn die Ehefrau nicht in gemeinsamer Haushaltung mit dem Ehemanne lebt und daher nach der ganz unzweideutigen Vorschrift des Gesetzes Verzicht und Entlassung des Ehemannes sich auf die Ehefrau ipso jure nicht erstrecken, so kann der Ehemann resp. Vater gemäss Art. 6 lit. c des B.-Ges. für seine Person auf das Schweizerbürgerrecht verzichten, ohne nachweisen zu müssen, dass auch seiner Ehefrau das fremde Bürgerrecht gesichert sei. Die Entlassung aus dem Schweizerbürgerrecht hat allerdings zur Folge, dass die über den Betreffenden hierorts verhängte Vormundschaft ihr Ende erreicht; dagegen werden dadurch selbstverständ-

lich die aus dem ehelichen (resp. elterlichen) Verhältniss hervorgehenden Verpflichtungen gegenüber der Ehefrau (und Kindern) in keiner Weise berührt. Insbesondere bleibt der Entlassene nach wie vor alimentationspflichtig, und es ist natürlich die Ehefrau berechtigt, zur Sicherstellung der dauernden Erfüllung dieser Verpflichtungen alle nach der kant. Gesetzgebung zulässigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen und zu diesem Zwecke auf das in der Schweiz liegende Vermögen des Ehemannes zu greifen. (Entsch. v. 2. April 1886 i. S. Leuzinger.)

---

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

94. *Haftung des Geschäftsherrn für Verschulden des Angestellten. Der Art. 62 O.-R. schliesst die Zusprechung einer über den erweislichen Schaden hinausgehenden Geldsumme im Sinne von Art. 54 O.-R. nicht aus. — Begriff der besondern Umstände des Art. 54.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 23. Februar 1886 i. S. Gutknecht u. Steiner c. Kläusli.

Eine Dampfdreschmaschine, mit welcher der Beklagte, jeweilen im Herbst und Winter von Dorf zu Dorf fuhr, wurde von dessen Angestellten, trotzdem dass sie defekt geworden war, in Betrieb gesetzt; es sprang eine Rolle ab und brachte zwei beim Dreschen beschäftigten Bauern schwere Verletzungen am Kopfe bei. Dieselben belangten auf Grund des Art. 62 O.-R. den Besitzer der Maschine auf Schadenersatz. Die Klage wurde erst- und zweitinstanzlich principiell gutgeheissen.

Motive: Die Kläger stützen ihren Anspruch auf Schadenersatz gegenüber dem Beklagten auf Art. 62 O.-R. Nach dieser Gesetzesvorschrift haftet der Geschäftsherr für den Schaden, welchen seine Angestellten in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeiter oder Angestellten eine Schuld dabei trifft oder nicht; das Gesetz stellt die Vermuthung eines Verschuldens des Geschäftsherrn auf, und den Folgen davon kann sich der Geschäftsherr nur entziehen, wenn er beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe,

um den Schaden zu verhüten. Mit diesem Beweise ist es strenge zu nehmen; er hat nicht nur zu beweisen, dass er gehörige Aufsicht geübt, sondern auch, dass er alle nöthigen Einrichtungen getroffen habe zur Verhütung des Schadens. Im vorliegenden Falle hatte der Beklagte also dafür zu sorgen, dass die fragliche Maschine in gehörigem Zustande sich befinde, dass sofern dies nicht der Fall, er davon sofort Kenntniss erhalte, dass ferner mit derselben nicht gedroschen werde, und auch dafür haftete er, dass die Angestellten gehörig mit der Maschine umzugehen wissen. Diesen Beweis aber hat der Beklagte nicht erbracht.

Die erste Instanz hat jedem der Kläger ausser den Arzt- und Verpflegungskosten und der Entschädigung für eingetretene Erwerbsunfähigkeit eine weitere Entschädigung für entstandene Leiden zugesprochen gestützt auf Art. 54 O.-R. Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob in den Fällen des Art. 62 auch eine solche Extraentschädigung zugesprochen werden könne, da doch der Art. 62 nur von „Schaden" spreche und eine Bestimmung wie Art. 54 nicht enthalte. Diese Frage ist zu bejahen. Offenbar wollte damit, dass in Art. 62 nur von Schaden gesprochen wird, nicht ausgeschlossen werden ein weiterer Anspruch z. B. auf Schmerzengeld. Dies darf daraus geschlossen werden, dass in Art. 50, welcher den Grundsatz ausspricht, dass wer einem Andern widerrechtlich Schaden zufüge, demselben zum Ersatze verpflichtet sei, nicht unterschieden wird zwischen eigentlichem Schaden und Entschädigung für bleibende Entstellung, Schmerzengeld, ebenso daraus, dass Art. 69 auch nur von der Verjährung des „Schadensersatzanspruches" handelt, während doch unbestreitbar die Bestimmung alle Ansprüche, die aus einer widerrechtlichen Schadenszufügung entstehen können, im Auge hat.

Darüber, dass mit den Worten des Art. 54 „namentlich in Fällen grober Arglist oder grober Fahrlässigkeit" nur Beispiele angeführt werden wollten, kann kein Zweifel herrschen, es darf also eine besondere Entschädigung gesprochen werden, auch wenn einer der angeführten Fälle nicht vorliegt, sofern nur „besondere Umstände" vorhanden sind, welche die Extraentschädigung gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese können nun entweder subjectiv in der grössern oder geringern Verschuldung dessen, der den Schaden verursacht hat, oder objektiv in der grössern oder geringern Verletzung gefunden werden. Umstände ersterer Art liegen hier nicht vor, wohl aber solche der letztern; es ist hier hervorzuheben,

dass bei beiden Klägern in Folge des Unfalls ein Schädelbruch entstanden ist, und dass, wie diess aus dem Gutachten des Bezirksarztes hervorgeht, solche Verletzungen, die anscheinend vollständig geheilt sind, nach Ablauf von Jahren wieder schwere Krankheiten und den Tod nach sich ziehen können.

---

95. *Schadenersatzklage wegen Verläumdung. Abweisung. Art. 50 und 55 O.-R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 2. Mai 1884.

Jos. B., Mitglied des Gemeinderaths von R. und Botenweibel daselbst, erhob Injurienklage gegen Jakob B. auf Grund folgender Thatsachen: Der Beklagte habe sich am 25. Heumonat 1883 in der Wirthschaft in X. die Aeusserung erlaubt, der Gemeinderath von R. habe Alles aufgeboten und habe kein Mittel gescheut, um ihn und seine ausserehelichen Tochter aus der Gemeinde R. zu vertreiben, und Einer habe seiner ausserehelichen Tochter eine Gült im Betrage von Fr. 2000 sammt Zins stehlen wollen, und dieser sei, wenn er es über den Tisch sagen möchte, der Botenweibel gewesen und kein Anderer.“ Kläger beantragte, den Beklagten der Verläumdung schuldig zu erklären und zu einer Entschädigung von Fr. 300 zu verurtheilen. Obergerichtlich wurde das erste Begehren zugesprochen, das zweite abgewiesen.

Motive: Die eingeklagte Aeusserung, welche vollständig erwiesen ist, begründet offenbar den Thatbestand einer Verläumdung; daran kann der Umstand nichts ändern, dass der Beklagte seine Auslassungen auf eine Handlung des Klägers bezogen haben mag, welche allerdings weder als Diebstahlsversuch, noch überhaupt als etwas Strafbares angesehen werden könnte, auf den Umstand nämlich, dass der Kläger anlässlich der konkursrichterlichen Versteigerung einer Liegenschaft in der Gemeinde offenbar mehr in der Stellung eines Privatmannes die Meinung geäussert hatte, die ausserehelichen Tochter des Beklagten, welche eine Gült auf der Liegenschaft besass, sollte mit ihrem daherigen Anbot auf das Steigerungsobjekt nicht zugelassen werden, indem nach seiner Ansicht dieselbe auf diesem Wege wieder in die Gemeinde hineingeschmuggelt und so der gegen sie früher erlassene gemeinderäthliche Ausweisungsbeschluss illusorisch gemacht würde. Bei dieser Sachlage kann es sich nur noch darum handeln, in wie weit neben der auszufällenden Strafe auch die klägerischer-

seits gestellte Entschädigungsforderung begründet sei. Auf den Artikel 50 O.-R. kann sich Kläger diesfalls vorab nicht berufen, denn hier wird immerhin die Existenz eines den Verletzten treffenden vermögensrechtlichen Schadens vorausgesetzt, während gegebenen Falles der Nachweis für die Existenz eines solchen Schadens nicht vorliegt. Dagegen bestimmt nun freilich der Art. 55 O.-R., dass auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens der Richter auf eine angemessene Geldsumme erkennen könne, wenn Jemand durch unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden sei. Kann auch nicht verkannt werden, dass diese Bestimmung gerade auch bei Fällen von schwerer Ehrverletzung ihre Anwendung finden dürfe, so wird der Richter immerhin einzelnen Falles zu untersuchen haben, ob nach allen Umständen der Beleidigte als in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt anzusehen sei. Dieses kann nun im vorliegenden Falle kaum zutreffen. Da die eingeklagte Aeusserung dem Zeugen, Bezirksrichter E., gegenüber gethan wurde, welchem der Sachverhalt der gedachten Liegenschaftssteigerung genau bekannt war, so ist wohl anzunehmen, dass eine andere die Ehrenhaftigkeit des Klägers antastende Auffassung jener Aeusserung, zu welcher der Wortlaut derselben allerdings vollen Anlass gab, auf die Dauer jedenfalls überall nicht bestehen konnte. Zudem scheint man den Aussagen der Beklagtschaft bei dem eingeklagten Vorfalle selbst eine grosse Bedeutung nicht beigemessen zu haben, wie man nach Allem, was sich mit diesem Beklagten während seines frühern Aufenthaltes in R. zugetragen hatte, offenbar auch nicht veranlasst sein konnte, seinen Auslassungen besonders viel Gewicht beizulegen.

---

**96.** *Rücktritt bei zweiseitigen Verträgen. Verhältniss des Art. 264 zu Art. 122 O.-R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 17. Mai 1884 i. S. Wilhelm Stöckli c. Anna Zimmermann.

W. Stöckli hatte der Frau Z. ihr Waarenlager und Ladeninventar abgekauft und die gekauften Waaren im Lagerhaus zu Luzern untergebracht. Die Verkäuferin erwirkte einige Wochen später auf die Aushändigung dieser Waaren ein gerichtliches Verbot, weil die Zahlungsbedingungen nicht erfüllt worden. Der Käufer klagte auf Aufhebung des Verbots, da er seine Verpflichtungen erfüllt habe, sowie auf

Entschädigung von Fr. 12 per Tag seit dem Tag der Verbotlegung bis zu Aufhebung des Verbots. Die Beklagte beantragte, neben der Abweisung der klägerischen Forderung, gemäss Art. 122 O.-R. Aufhebung des Kaufvertrages.

Das Obergericht erkannte auf Aufhebung des Verbots, belastete die Beklagte mit den aus der Verbotlegung erwachsenen Lagerspesen und wies im Uebrigen die Parteien mit ihren beidseitigen Begehren ab. Zwar habe Kläger den Beweis für Erfüllung der ihm obliegenden Zahlungspflicht nicht erbracht, jedoch rechtfertige es sich desshalb nicht, mit der ersten Instanz den Art. 122 O.-R. anzuwenden. „Allerdings kann nach dem alleg. Artikel 122 bei zweiseitigen Verträgen demjenigen Theile, welcher sich im Verzuge befindet, eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt werden, mit der Androhung, dass nach Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei. Dagegen bestimmt der Art. 264 O.-R., dass, wenn der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käuters übergegangen sei, wie es hier der Fall ist, der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers nur dann vom Vertrage zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern könne, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Es kann nun nicht geleugnet werden, dass auf den ersten Blick diese beiden Gesetzesstellen miteinander im Widerspruch zu stehen scheinen. Dieser Widerspruch löst sich aber sofort, wenn die Stelle, an welcher die beiden Bestimmungen im System des Obligationenrechts untergebracht sind, berücksichtigt wird. Der Art. 122 bildet die lex generalis und steht dem entsprechend im allgemeinen Theile des Obligationenrechts, der Art. 264 findet sich als lex specialis im speciellen Theile. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Gesetzesinterpretation geht die spezielle der allgemeinen Bestimmung vor. Der Art. 122 muss demnach vorliegend dahin ausgelegt werden: bei zweiseitigen Verträgen mit Ausnahme des Kaufvertrages ist, wenn der eine Theil im Verzuge sich befindet, der andere Theil berechtigt, ersterm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen mit der Androhung, dass mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei. Diese Auffassung über das Verhältniss des Art. 122 zu Art. 264 wird auch von den Commentatoren des Obligationenrechts getheilt. (Vergleiche Hafner, O.-R. Art. 2 zu Art. 122, und Schneider und Fick, O.-R. Art. 3 zu Art. 122.) Zudem kommt in Betracht, dass der Art. 264 dem § 1398 und § 1399 des Walliser Civilgesetzbuches nach-

gebildet wurde, hier aber der Grundsatz des Art. 264 O.-R. mit einer Deutlichkeit sich ausgedrückt findet, welcher einen Zweifel über die Absicht des Gesetzgebers nicht aufkommen lässt. Endlich lassen die Berichte der von den eidgenössischen Räthen niedergesetzten Kommission keinen Zweifel aufkommen, dass die dem Art. 264 zu Grunde liegende ratio legis die Förderung der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehre bildet. Der Gesetzgeber wollte mit Recht dem Verkäufer nicht gestatten, wegen jedes Verzuges in der Entrichtung des Kaufpreises ohne weiters vom Vertrage zurückzutreten. Es kann demnach nicht, wie der erstinstanzliche Richter angenommen hat, die Beklagtschaft mit ihrem Begehren um Aufhebung des Kaufvertrages durchdringen. Ist dieses aber richtig, so fällt das klägerische Rechtsbegehren um Verbotsaufhebung durchaus nicht als erledigt dahin, so dass die Frage zu entscheiden ist, ob die nicht rechtzeitige Erfüllung des Kaufvertrages von Seite des Käufers der Verkäuferin ein Recht gab, bis zur Erfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen den Letztern in der Disposition über die bereits übergebene Kaufsache zu hindern. Ein solches Recht gewährt nun das schweiz. Obligationenrecht dem Verkäufer nicht; er kann die Forderung aus dem Kaufvertrage nicht anders geltend machen als jede beliebige andere Forderung. Es kann demnach das von der Beklagten erwirkte Verbot nicht beschützt werden. Ist sonach in der Kaufsache das Klagebegehren gutzusprechen, so gelangt dagegen der Richter in Würdigung der gesammten Sachlage nicht dazu, auch die geforderte Entschädigung für den bisherigen Entzug der mit Verbot belegten Sachen als begründet zu erachten. Dagegen müssen allerdings die erwachsenen Spesen von demjenigen Theile getragen werden, welcher die unstatthafte Verfügung erwirkt hat.

---

### 97. *Novation. Art. 142 et 143 C. O.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 23 janvier 1886 dans la cause Grobéty c. Séchaud, Cie des Tramways et autres.

Vu la saisie-arrêt pratiquée par dame Grobéty au préjudice de Séchaud, entre les mains de la Cie des Tramways.....

Quant à l'intervention de Menuz:

Attendu que la saisissante n'a pas contesté le chiffre de sa créance, mais a conclu à la réduction du privilège réclamé par l'intervenant, par le fait qu'en acceptant en paiement d'une

partie de son compte une valeur à ordre, il s'est opéré une novation à sa créance.....

Vu les art. 142 et 143 C. O.;

Attendu que la novation ne se présume pas; que la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte; que tel n'est pas le cas en l'espèce;

Attendu, en effet, que le billet en question est causé „valeur reçue en marchandises“;

Attendu que les marchandises qu'un particulier reçoit généralement d'un boulanger, sont des fournitures de pain; que, dès lors, cette mention: „valeur reçue en marchandises“ indique bien la volonté des parties de conserver à la dette son origine et son caractère primitifs;

Attendu, au surplus, que l'art. 143 C. O. reproduit textuellement l'art. 1273 C. civ. français;

Que la jurisprudence et la doctrine ont admis d'une façon générale que „la novation ne résulte pas de l'acceptation, même sans réserve, par le créancier des lettres de change ou autres effets en paiement de ce qui lui est dû“;

Vu, notamment, le jugement rendu par le Tribunal de céans le 25 janvier 1884, Baron c. Blanck;

Attendu, en conséquence, que la demande de Menuz, d'être admis par privilège à la répartition des deniers saisis pour une partie de sa créance, est fondée.

---

98. *Compensation. Action en paiement contre la Ville de Genève; exception de compensation; bordereaux de taxe municipale impayés. Art. 131 C. O.*

Genève. Arrêt de la cour de justice civile du 1er février 1886 dans la cause Croisier c. Ville de Genève.

(Einer unbestrittenen Forderung des Klägers von 150 Fr. setzte der Conseil administratif der Stadt Genf die Einrede der Compensation bis auf den Betrag von 30 Fr. für Municipaltaxe der Jahre 1884 und 1885 entgegen. Croisier wandte ein, er habe gegen diese Taxe an den Staatsrath recurrirt, und die Stadt Genf sei zudem nicht directe Gläubigerin dafür. Der Friedensrichter hatte diese letztere Einwendung als richtig anerkannt, da laut Ges. v. 9. Juli 1883 das Département des contributions publiques mit Erhebung der Taxe betraut sei und daran einen Abzug zu Gunsten des Staats und zweier öffentlicher Anstalten übe. Der Stadtrath ergriff gegen dieses Urtheil wegen Gesetzesverletzung Recurs, welcher von der

Cour de justice civile gutgeheissen wurde unter Zulassung der Compensation.)

Motive: Considérant qu'il résulte de l'ensemble des dispositions des lois du 3 septembre 1859 et 9 juillet 1883, ainsi que des motifs invoqués à l'appui de leur adoption, que la taxe municipale a été établie au profit de la Ville de Genève et pour faire face aux dépenses spéciales qui lui incombent; qu'il résulte notamment des dispositions formelles des art. 1 er et 14 de cette dernière loi que le produit de cette taxe appartient et est acquis à la commune de Genève; qu'il est donc évident que le revenu produit par cet impôt est communal; qu'il constitue ainsi une propriété, une créance personnelle de cette commune;

Considérant que les réserves ou prélèvements autorisés par la loi, sur cette taxe, au profit de l'Etat ou d'établissements publics, ne peuvent modifier la nature essentielle de cet impôt ni le droit de propriété que le texte comme l'esprit de la loi lui attribuent;

Qu'il en est de même du mode adopté pour son recouvrement; que, du reste, il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une perception réelle et directe de la taxe, mais d'une simple question de compensation, pour l'admission de laquelle il suffit à la commune d'établir son droit légal à la créance qu'elle invoque en paiement;

Qu'enfin, en pressant les conséquences légales qui découleraient du système adopté par le premier juge, il deviendrait impossible soit à la commune, soit à l'Etat lui-même, d'opposer de compensation en l'espèce, puisque ce dernier n'est pas débiteur de la somme réclamée par Croisier;

Considérant qu'il résulte de toutes ces observations que le juge de paix, en prononçant qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, à prononcer la compensation, a contrevenu aux dispositions des lois du 3 septembre 1859, du 9 juillet 1883 et de l'art. 131 C. O.

---

99. *Kauf. Erkennbarkeit der Mängel der Kaufsache. Untersuchungs- und Reclamationspflicht des Käufers. Wandelungs- oder Minderungsklage.* Art. 243, 245, 246, 249, 250 O.-R.

**Bern.** Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 9. April 1886 i. S. Probst & Söhne c. Käsereigesellschaft Schüpbach.

Die Klägerin, Käsereigesellschaft Schüpbach, forderte von den Beklagten Probst & Söhne, Käsehändler, Bezahlung

des Kaufpreises für gelieferte Käse. Die Beklagten bestritten ihre Zahlungspflicht grundsätzlich nicht, machten aber widerklagsweise geltend, dass nicht, wie verabredet, Primawaare geliefert worden, und stellten desshalb die actio redhibitoria eventuell quanti minoris gemäss Art. 249 O.-R. an. Thatbeständlich steht fest, dass den Beklagten bereits beim Abführen der Laibe einige derselben als verändert auffielen; allein sie sagten vorläufig nichts, sondern reklamirten ernstlich erst dann, als eine Anzahl der Käse anfing zu treiben und zu zerspringen.

Motive: Einschlagend in diesem Falle sind die Art. 243, 245, 246, 249, 250 und 255 O.-R., denn die Usanz im Käsehandel, auf welche das amtsgerichtliche Urtheil abstellt, fällt, weil nicht aktenkundig, ausser Betracht. Danach hängt das Schicksal des gegenwärtigen Prozesses von der Beantwortung folgender drei Fragen ab: ist das Dasein geheimer, bei Annahme der Waare im Keime vorhandener Gewährsmängel an den betreffenden Käsen nachgewiesen, haben die Reklamationen rechtzeitig stattgefunden und erscheint eventuell die Wandelungs- oder die Minderungsklage hier am Platze. Was den ersten Punkt betrifft, so steht fest und wird von den Experten bestätigt, dass die 27 Stück Oktober- und Novemberkäse namentlich mit Rücksicht auf den vereinbarten Kaufpreis als Primawaare gekauft worden sind. An der Hand der bezüglichen Zeugenaussagen und der Expertise ist nun aber kein Zweifel darüber möglich, dass die beanstandeten 47 Stück Käse keineswegs als Prima-Waare gelten durften, vielmehr mit solchen Mängeln behaftet waren, welche ihren Werth erheblich minderten, und wofür die verkäuferische Gesellschaft den Beklagten gegenüber laut Art. 243 O.-R. grundsätzlich in der Gewährspflicht stand. Die Ursache dieser Mängel sodann muss nach dem Ergebniss der Beweisführung in der Verwendung ganz oder theilweise schlechter Milch erblickt werden und lässt sich nicht etwa auf schlechte Behandlung der Käse Seitens der Beklagten zurückführen. Auch der Beweis der Behauptung, dass die fraglichen Mängel bei der Annahme der Waare im Keime vorhanden, aber damals nicht erkennbar gewesen seien, ist den Beklagten gelungen, und wenn heute bemerkt wird, der schlechte Geschmack der Käse hätte doch wenigstens gleich wahrgenommen werden müssen, so mag darauf hingewiesen werden, dass es den Gerichten nicht zusteht, der Autorität von Fachleuten gegenüber blossen Vermuthungen Raum zu geben. Hat man es demnach in casu mit geheimen Mängeln der verkauften Waare

zu thun (Art. 245 O.-R), so entsteht die weitere Frage, ob nicht etwa die Reklamationen der Beklagten verspätet angebracht worden und in Folge dessen nicht mehr zu hören seien (Art. 246 O.-R.). Die erste Reklamation erfolgte durch Brief vom 12. März 1885, also einen Monat nach Empfangnahme der Käse, und es ist daraus ersichtlich, dass schon bei dem Abführen der Laibe am 2./3. März 1885 an einigen davon Veränderungen wahrgenommen wurden, dass indess die Beklagten sich bezüglich dieser Mängel beruhigt haben würden, wenn die Käse dann nicht angefangen hätten zu treiben und zu zerspringen. Mittelst Schreiben vom 16. und vom 18. März 1885 erklärten Probst & Söhne, dass sie die erhobenen Reklamationen im vollen Umfange aufrecht erhalten. Bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, die Waare insoweit als genehmigt anzusehen, als es die beim Abführen derselben vorhandenen und wahrgenommenen Mängel betrifft, wegen deren nicht sofort reklamirt wurde; bezüglich der erst nachträglich hervorgetretenen Mängel dagegen sind die Reklamationen der Beklagten rechtzeitig angebracht worden und hat die Präsumtion eines Verzichtes auf die Erhebung von solchen nicht Platz zu greifen. Schon aus diesem Grunde scheint es den Umständen angemessen, den Beklagten nicht das auf Rücknahme der beanstandeten Käse, sondern das auf Minderung des vereinbarten Kaufpreises gerichtete Widerklagsbegehren im Sinne des Art. 250 O.-R. zuzusprechen. Den Betrag des Minderwerthes der 47 fehlerhaften Käse beziffern die Beklagten auf Fr. 2000 und es bestätigen die Experten diesen Ansatz als richtig, so dass derselbe hier Regel machen muss. In den Akten fehlt es nun an einem Anhaltspunkt dafür, inwiefern dieser Minderwerth seinen Grund hat einerseits in Mängeln, für welche die Klägerschaft infolge verspäteten Reklamationen nicht mehr haftet, und anderseits in Mängeln, wofür sie noch in der Gewährspflicht steht. Unter solchen Umständen erscheint eine gleichmässige Vertheilung des im Minderwerthe bestehenden Schadens unter beide Parteien gerechtfertigt.

---

100. *Bail à loyer. Travaux aux immeubles loués. — Le bailleur qui, sans nécessité, entreprend des travaux pendant la durée du bail, est tenu d'indemniser le locataire.* Art. 278 C. O.

**Genève.** Arrêt de la Cour de justice civile du 4 janvier 1886 dans la cause Martheray c. Lacroix.

(Die Miethерin M. beklagte sich über ihren Vermiether

L., dass er vor dem gemietheten Magazin ein Gerüst aufgestellt und im Hause selbst Bauarbeiten vorgenommen habe, welche sie in der Benutzung der Miethwohnung gestört hätten. Sie verlangte sofortige Wegschaffung des Gerüstes und Einstellung der Arbeiten nebst einer Entschädigung von 500 Fr. Das erstinstanzliche Gericht wies sie ab, da sie laut Art. 278 O.-R. solche Reparaturen dulden müsse. Die Cour de justice civile reformirte das Urtheil und verurtheilte den Beklagten zu Fr. 200 Entschädigung.)

Motifs: Il est à remarquer que, dès la date du susdit jugement, le bail a pris fin en vertu d'un congé donné dans le mois de juillet.

En conséquence, la seule question que la Cour est appelée à résoudre actuellement est celle de savoir si, dans les circonstances de fait ci-dessus rappelées, la demanderesse a droit à des dommages-intérêts.

Au fond, considérant que, d'après l'art. 278 C. O., conforme du reste au principe de l'art. 1724 C. civ. le preneur n'est tenu de souffrir que les réparations urgentes à faire pour les besoins de la chose louée.

Que tel n'est pas le cas en l'espèce; qu'en effet, les travaux exécutés par Lacroix ne constituent pas des améliorations, mais de véritables transformations; que ces changements n'ont pas été faits dans l'appartement loué à dame Martheray ni dans l'intérêt de celle-ci; qu'il est surtout évident que les trous pratiqués au plafond du 3e étage ne rentrent pas dans la catégorie des réparations utiles au preneur de ce logement, mais constituent plutôt une voie de fait contre la possession paisible qui lui était garantie par le bail;

Que, d'autre part, rien ne justifie que les travaux faits à la façade et que l'échafaudage qui a obstrué l'entrée du magasin pendant plusieurs jours, constituassent une réparation urgente qui ne pouvait être différée jusqu'à la fin du bail; que le contraire résulte au besoin du fait que le congé était donné avant l'exécution des travaux et que le bail devait prendre fin quelque temps après;

Que dans ces conditions, il n'y a pas lieu à l'application de l'article 278 C. O., mais à celle du principe général qui impose au bailleur l'obligation de procurer au locataire la jouissance paisible et entière des locaux loués, sous peine de dommages-intérêts en cas d'entraves apportées à la possession promise.

Qu'ainsi, d'après les observations qui précèdent, dame Martheray a droit à une indemnité et que la Cour a, dans

les faits acquis au procès, les éléments suffisants pour la déterminer.

---

**101.** *Retentionsrecht des Vermiethers. Voraussetzungen von Art. 294 Abs. 3 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 27. October 1885 i. S. J. G. Schäfer-Oberle c. Ed. Buser-Saladin u. Th. Buser-Spinnler.

Die Beklagten, Miether einer Wohnung und eines Magazins im klägerischen Hause, konnten am 1. Juli 1885 den Miethzins für das zweite Quartal 1885 nicht bezahlen, daher Kläger am 22. Juli ein Verbot auswirkte, wodurch den Beklagten untersagt wurde, ihre Fahrniss aus den Miethlocalien zu entfernen, bis der Miethzins für das zweite bis vierte Quartal 1885 bezahlt oder sicher gestellt sei. Auf Anfechtung dieses Verbotes verlangte Kläger gerichtliche Bestätigung desselben, und zwar, nachdem am 5. August der Zins pro zweites Quartal bezahlt worden, für den Zins des dritten und vierten Quartals. Beklagte verlangten sofortige Aufhebung des Verbots, gestützt auf Art. 294 Abs. 3 O.-R., wonach dem Vermiether ein Retentionsrecht nur zustehe, wenn der Miether wegziehen oder die in den Miethräumen befindlichen Sachen fortschaffen wolle, was hier nicht der Fall sei. Zugleich forderten sie widerklagsweise Entschädigung von Fr. 10 per Woche wegen Verhinderung in der Verfügungsfreiheit über ihre Waaren im Magazin.

Das Gericht bestätigte das Verbot bis zur Entrichtung des Miethzinses für das dritte Quartal, gestattete aber den Beklagten einen Abzug von Fr. 40 als Entschädigung.

Motive: Art. 294 Abs. 3 O.-R. kann nicht so verstanden werden, als ob der Vermiether die Hilfe der zuständigen Amtsstelle zur Sicherung seines Retentionsrechtes erst dann in Anspruch nehmen dürfe, wenn der Miether im Begriffe ist fortzuziehen, oder seine Absicht bereits deutlich kund gegeben hat, seine Fahrnisse fortzuschaffen. Würde man den Sinn des Gesetzes in dieser Weise auffassen, so wäre dasselbe in den meisten Fällen wirkungslos, weil die Hilfe der zuständigen Behörde nicht schnell genug auf den Platz geschafft werden könnte. Vielmehr muss unter Umständen dem Vermiether das Recht zustehen, schon vor dem Wegzug dem Miether die Wegnahme der Fahrniss zu untersagen, dies insbesondere dann, wenn der Miether mit einem verfallenen Zins im Rückstand geblieben ist und desshalb die Auflösung des Vertrags gemäss Art. 287 in Aussicht steht.

Es kann desshalb das vom Kläger ausgewirkte Verbot nicht als unberechtigt angesehen werden, so lange der Miethzins pro zweites Quartal unbezahlt war, und ebenso erscheint es auch wiederum als begründet, seit der Miethzins pro drittes Quartal fällig ist. In der Zwischenzeit vom 5. August bis 1. October 1885 war das Verbot nicht mehr begründet, zumal es auch diejenigen Gegenstände betraf, welche zum Geschäftsbetrieb der Beklagten gehörten, und ebenso lässt sich auch kein hinreichendes Motiv für eine Ausdehnung des Verbots über das vierte Quartal jetzt schon angeben. Das Verbot ist daher nur für den Miethzins pro drittes Quartal zu bestätigen, und für die Zeit vom 5. August bis 1. October, während welcher die Retention verfrüht war, hat Kläger den Beklagten für die in ihrem Geschäfte verursachte Behinderung Ersatz zu leisten. Das Gericht schätzt den Schaden auf Fr. 5 per Woche, zusammen Fr. 40, welchen Betrag die Beklagten am Miethzins pro drittes Quartal 1885 in Abzug bringen mögen.

---

**102.** *Pacht. Art. 306 O.-R. Dem Abschluss einer Unterpacht ist gleichzustellen das Verhalten eines Pächters, der die eigene Bewerbung des Pachtobjektes aufgibt und dieselbe einem Stellvertreter überträgt.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 6. April 1886 i. S. Kündig c. Stauffacher.

Motive: Dem Bezirksgerichte ist darin nicht beizustimmen, dass der Kläger berechtigt gewesen sei, das Pachtobjekt zu verlassen und dessen Bewerbung seinem Schwiegervater als Sachverwalter zu überlassen. Nach Art. 306 O.-R. darf der Pächter den Pachtgegenstand ohne Zustimmung des Verpächters nicht weiter verpachten. Diese Bestimmung hat ihren Grund darin, dass beim Pacht der Pächter nach Art. 303 verpflichtet ist, den gepachteten Gegenstand seiner Bestimmung gemäss ordentlich zu bewirthschaften, insbesondere für nachhaltige Ertragsfähigkeit desselben zu sorgen, somit eine Bewerbung durch den Pächter selbst, mit Rücksicht auf dessen Persönlichkeit der Verpächter vielleicht den Vertrag abgeschlossen hat, für den letzteren von grosser Wichtigkeit ist Dieser Rechtsgrund fällt natürlich dahin, wenn der Pächter das Pachtobjekt verlässt, ob er nun mit einem Andern eine Afterpacht abschliesse, oder ob dieser als blosser Stellvertreter des Pächters das Pachtobjekt bewirthschafte. Ueberhaupt ist der Name, welchen man einem so vollständig an die Stelle

des Pächters tretenden Dritten gibt, höchst gleichgültig. Erheblich ist nur, dass der Pächter die eigene Bewerbung gänzlich aufgibt. In allen diesen Fällen ist unter ausdrücklicher oder analoger Anwendung von Art. 306 anzunehmen, dass er eine ihm obliegende kontraktliche Pflicht nicht erfülle.

---

103. *Pacht. Die blosse Verstellung einer bestrittenen Gegenforderung des Pächters zur Compensation mit dem verfallenen Pachtzinse schützt nicht gegen die nach Art. 312 O.-R. angedrohte Auflösung des Pachtvertrages, sofern der Betrag der Gegenforderung nicht deponirt wurde. Art. 310 u. 312 O.-R*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 10. März 1885.

Verpächter Hermann Sch. forderte den Pächter Anton Sch. zur Bezahlung des auf 16. December 1884 verfallenen Pachtzinses innert 60 Tagen auf, ansonst nach Art. 312 O.-R. der Pachtvertrag aufgelöst sei. Der Pächter legte den Betrag des seit dem 16. December 1884 laufenden Pachtzinses hinter Recht, verstellte dagegen dem verfallenen Pachtzinse gegenüber eine Gegenforderung zur Compensation, ohne den Betrag derselben ebenfalls zu deponiren.

Der Pachtausweisungsbefehl wird von der Justizkommission aufrecht erhalten, erwägend:

dass nach Art. 312 O.-R. der Verpächter bei Verzug des Pächters mit Entrichtung des Pachtgeldes dem Säumigen eine Frist von 60 Tagen mit der Androhung festsetzen kann, dass nach unbenütztem Ablaufe derselben das Pachtverhältniss als gelöst betrachtet werde;

dass vorliegend Opponent durch rechtliche Anzeige vom 18. December 1884 den Rekurrenten unter Anrufung des Art. 312 cit. zur Bezahlung oder Hinterrechtlegung des rückständigen Pachtgeldes aufforderte, Recurrent zur Deposition sich bereit erklärte, den 11. Februar abhin zwar das vom 16. December 1884 bis 15. März 1885 laufende Pachtgeldbetreffniss, nicht aber auch die bereits verfallene Quote, um derenwillen die rechtliche Anzeige erfolgt war, hinter Recht legte;

dass Rekurrent sodann zwar eine Gegenforderung im Betrage des rückständigen Pachtgeldes zur Compensation mit letzterm verstellt, die blosse Geltendmachung angeblicher Gegenansprachen aber der Bezahlung oder Deposition nicht gleichkommt und daher auch die Auflösung des Pachtverhältnisses im Sinne des Art. 312 nicht hindern kann;

dass, wenn somit, nachdem inzwischen die 60tägige Frist abgelaufen, der Pachtvertrag als dahingefallen zu betrachten ist, Recurrent auch zu längerem Verweilen auf der Pachtliegenschaft kein Recht mehr hat und ein solches auch namentlich nicht, wie er behaupten möchte, aus Art. 292 bezw. 310 O.-R. ableiten kann, indem genannte Gesetzesstellen dem Pächter ein Recht zum längern Verweilen auf der Pachtliegenschaft nur unter der Voraussetzung gewähren, dass der Ersatzanspruch durch Kündung, welche sich auf wichtige, in der Person des Verpächters selbst liegende Gründe stützt, entstanden sei.

---

## 104. *Mandat.* Art. 398 O.-R.

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 22. März 1886 i. S. G. Bourry c. Joh. Weder.

J. W., in der Ziegelfabrik des G. B. als Zieglermeister von 1857—1884 mit der Leitung des ganzen Geschäftes ausser der Buchhaltung betraut, liess sich bedeutende Veruntreuungen zu Schulden kommen, theils durch Unterschlagung von eingehenden Geldern, theils durch Verrechnung höherer Löhne, theils durch Bezug von Schmausgeldern. Bei der Entdeckung gestand er zuerst Unterschlagungen im Betrag von Fr. 25,000, später von circa Fr. 20,000 zu und wurde zu 6 Jahren Zuchthaus verurtheilt und dem G. B. als ersatzpflichtig erklärt. Im Civilprozess klagte der letztere Fr. 75,000 ein, wogegen J. W. nur Fr. 20,000 anerkannte und die Pflicht zur Rückgabe der Schmausgelder bestritt. Die erste Instanz sprach dem Kläger Fr. 40,000 zu, nämlich die zuerst anerkannten Fr. 25,000, dann die zum Nachtheil des Dienstherrn bezogenen Schmausgelder, welche mindestens Fr. 13,000 ausmachten, und Fr. 2000 aus Verrechnung höherer Löhne. Auf Appellation beider Parteien erhöhte das Obergericht die Entschädigungssumme auf Fr. 50,000.

Motive: In erster Linie ist grundsätzlich zu entscheiden, ob G. B. einen Rechtsanspruch auf die von J. W. bezogenen Schmausgelder habe. Das Obergericht bejaht dies. J. W. war im Ziegeleigeschäfte der Beauftragte des G. B. und desshalb pflichtig, alles, was ihm in Folge der Geschäftsführung aus irgend einem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel fände nur dann statt, wenn es als Meinung des Vertrages zwischen Auftraggeber und Beauftragten nach den Umständen anzunehmen wäre,

dass diese Zuwendungen nicht dem Mandanten, sondern dem Angestellten persönlich zukommen sollten. Das war hier offenbar nicht der Fall und ist somit auch die Meinung des Gebers hier nicht massgebend. Der Dritte, der die Zuwendung macht (in der Absicht, das Geschäft um so günstiger abschliessen zu können), kann, auch wenn er die Zuwendung für den Beauftragten bestimmt, die gesetzliche Pflicht desselben zur Ablieferung nicht alteriren. Das Gesetz will verhüten oder doch wirkungslos machen, dass Angestellte sich bestechen lassen. Art. 398 O.-R. (Vgl. Anmerkung 1 hiezu im Kommentar von Schneider u. Fick. Handbuch des schweiz. Obligationenrechts von Haberstich II 1. S. 207.)

Was die Festsetzung der Entschädigungssumme anbetrifft, so fehlen nähere detaillirte Anhaltspunkte und zwar durch das Verschulden des J. W., welcher die sehr unglaubwürdige Behauptung aufstellt, dass er über das Heranwachsen und den jeweiligen Bestand seines Vermögens keine Zahlen angeben und keine Bücher oder sonstige Schriftstücke vorlegen könne. Dieses Vorgehen des J. W. darf aber dem G. B. nicht zum Nachtheil gereichen und muss nach richterlichem Ermessen auf Grund der Straf- und Civilakten die Höhe der Entschädigung ermittelt werden. Es ist nun einerseits erstellt, dass J. W. bei seiner Verhaftung ein Vermögen von circa Fr. 100,000 besass und dass er von 1861 bis 1884 an Lohn, Tantièmen und Zulagen von G. B. Fr. 85,358. 89 bezog, resp. Fr. 25,888. 39 davon noch zu gut hat. Selbst angenommen, J. W. habe etwa Fr. 1000 Vermögen bei Antritt seiner Stellung besessen und haushälterisch gelebt, auch für seine Kinder nicht viel verausgabt, so muss doch berücksichtigt werden, dass er unzweifelhaft für seinen und seiner Familie Unterhalt bedeutende Beträge brauchte, dass erhebliche Unterschlagungen, jedenfalls seit Anfang der 70er Jahre jährlich über Fr. 1000 und beträchtliche Schmausgelder erstellt sind und J. W. pflichtig ist, sie mit Zinsen und Zinseszinsen dem G. B. zu erstatten. Die Entschädigungssumme von Fr. 50,000 dürfte durchaus nicht zu hoch sein, indem der J. W. noch sehr günstig gestellt ist, wenn er als Zieglermeister in einem Zeitraum von 27 Jahren sich ein Vermögen von etwa Fr. 50,000 auf rechtmässige Weise erwerben konnte.

105. *Lettre de change. Prétendue irrégularité du protêt. Il n'est pas nécessaire que le protêt mentionne d'une manière expresse l'absence du tiré; il suffit que cette circonstance ressorte de l'ensemble des énonciations de l'acte. Art. 815 al. 3 et 4 C. O.*

**Neuchâtel.** Arrêt du tribunal cantonal du 4 mars 1886 dans la cause Schlesinger et Cie c. Banque fédérale.

Schlesinger et Cie, fabricants d'horlogerie à la Chaux-de-Fonds, endosseurs d'un billet de change impayé, font opposition aux poursuites dirigées contre eux par la Banque fédérale, porteur du dit effet.

Ils estiment que le protêt dressé est irrégulier. Cet acte ne fait pas mention d'une sommation de paiement faite au tiré, veuve Walker. Il n'indique pas que cette sommation a été inutilement tentée, ni si dame Walker était présente ou absente ou n'a pu être trouvée. On ne peut constater par cet acte si dame Walker a refusé de donner réponse. La déclaration du fils Walker n'indique pas qu'il agit au nom de sa mère; elle ne contient qu'une appréciation et un vœu du fils, et il n'en ressort pas que le tiré n'a pu ou voulu donner de réponse. Ce protêt n'étant pas conforme aux prescriptions de l'art. 815, chiffres 3 et 4, C. O., doit être considéré comme n'existant pas.

De son côté, la Banque fédérale conclut au rejet de l'opposition.

Le Tribunal cantonal a donné gain de cause à la Banque fédérale.

Motifs: Considérant que l'acte de protêt, selon la traduction insérée au dossier, est ainsi conçu: „A la demande „de la détentrice, soit la succursale de la Banque cantonale „à Bienne, j'ai présenté aujourd'hui l'original de la traite qui „précède au domicile de Mme veuve Walker-Kopp, à Bienne, „pour être acquittée, et de son fils Albert Walker, j'ai reçu „pour réponse qu'il n'était pas d'accord que sa mère payât „cette traite. Là-dessus je me suis transporté au domicile du „besoin, soit la Banque populaire, à Bienne; là, on m'a déclaré „que, une fois le protêt dressé, on acquitterait cette traite „pour faire honneur à la succursale de la Banque fédérale à „la Chaux-de-Fonds.

„En conséquence, comme le paiement réclamé n'a pas été „effectué, conformément aux prescriptions des articles 814 et „815 du Code fédéral des Obligations, pour garantir tous „droits, j'ai dressé protêt, en foi de quoi j'expédie le présent „acte.

„Bienne, le 6 novembre 1885.

„(Sig.) Moll, huissier du tribunal."

Que cet acte étant argué de nullité par les opposants, il importe de rechercher s'il contient les irrégularités qui sont signalées;

Considérant que le but de l'acte de protêt est de faire constater le refus de la part du tiré de payer la lettre de change dont le paiement lui est réclamé;

Que, pour que ce but soit atteint, l'acte de protêt doit contenir dans ses énonciations la preuve que l'officier public chargé de le dresser s'est rendu au domicile du tiré pour le sommer de payer le montant de la lettre de change; qu'il a reçu de lui une réponse ou n'en a pas reçu; ou enfin qu'il n'a pas pu trouver le tiré;

Qu'il résulte, dans l'espèce, de l'ensemble des énonciations de l'acte de protêt que l'huissier Moll s'est transporté au domicile du tiré, soit de la dame veuve Walker, à la demande de la Banque cantonale; qu'il s'y est rendu pour accomplir le mandat dont la Banque l'avait chargé, soit pour y présenter l'original de la traite aux fins d'en obtenir le paiement; que n'ayant pas trouvé à son domicile la débitrice elle-même, il y a trouvé son fils, Albert Walker, à qui il a fait connaître le but de sa présence dans ce domicile en lui présentant la traite pour qu'il en reçoive le paiement; qu'il n'a pas reçu ce paiement, mais qu'Albert Walker, dont la réponse toute spéciale indique qu'il savait de quoi il s'agissait et qu'il avait discuté avec sa mère la question du paiement de la traite, lui a donné pour réponse qu'il n'était pas d'accord que sa mère payât cette traite;

Qu'au vu de cette réponse, reçue dans le domicile même de la débitrice et du fils de celle-ci, qu'à bon droit l'huissier a dû considérer comme étant, dans cette circonstance, le représentant de sa mère, dont il transmettait la réponse à l'officier public qui avait qualité pour la recevoir, l'huissier a pu avec raison déclarer à la fin de son acte que le paiement réclamé par lui n'avait pas été effectué et qu'il en dressait protêt;

Que de ce qui précède, il résulte que l'huissier a fait la sommation exigée par la loi, non pas à la débitrice elle-même, qu'il n'a pas trouvée chez elle, mais à son fils qui, représentant sa mère, lui a donné la réponse verbalisée dans l'acte;

Que l'huissier ayant considéré la mère comme suffisamment représentée par son fils, n'avait pas dans l'espèce, à peine de nullité de l'acte de protêt, à mentionner expressément dans l'acte l'absence de la mère;

Que d'un autre côté, il est admis dans la jurisprudence qu'il suffit pour la validité de l'acte de protêt que l'indication de l'absence du tiré ressorte de l'ensemble des énonciations du protêt. Or, ici, l'indication de l'absence de dame Walker ressort, en outre, du fait que, si elle eût été présente au moment où l'huissier a reçu à son domicile la réponse dans laquelle le fils faisait mention de sa mère, l'huissier n'eût pas manqué de relater la présence de celle-ci et son adhésion ou son opposition à la réponse donnée chez elle, par son fils, pour une dette la concernant personnellement.

Que de ces circonstances, il résulte que l'acte attaqué ne renferme pas les irrégularités graves énoncées dans l'opposition, et qu'il satisfait aux exigences de la loi pour ce qui concerne le but de l'acte, soit la constatation du refus de la part du tiré de payer la lettre de change.

---

106. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Verjährung. Art. 883 O.-R. Wo das Gesetz für einen Anspruch, der bisher der Verjährung nicht unterlag, dieselbe einführt, läuft die Frist erst vom 1. Januar an.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 30. April 1886 i. S. Jakob Braunschweig c. Samuel Bucher.

J. Braunschweig erwarb von Johannes Wirth in Eglisau unter Garantie desselben für die Einbringlichkeit eine Forderung auf S. Bucher im Betrage von Fr. 1833. — laut Kaufschuldbrief vom 29. April 1874. Im Konkurse des S. B., eröffnet im zürcherischen Notariatskreis Eglisau den 16. Februar 1875, beendigt den 1. Juli 1875, machte J. B. seine Forderung geltend; dieselbe wurde unter die laufenden Ansprachen eingereiht, weil das Pfandrecht bereits im Konkurs auf den für die Einbringlichkeit haftenden Cedenten Johannes Wirth (eröffnet den 29. Januar, beendigt den 13. December 1875) realisirt worden war, allerdings ohne Erfolg, da der Kaufschuldbrief auf den Pfändern keine Deckung gefunden hatte und auch als laufende Forderung leer ausgegangen war. Im Konkurse des S. B. konnte für den Anspruch des J. B. nichts erhältlich gemacht werden.

Mit Rechtsbot vom 2. November 1885 neuerdings für Fr. 1833. — nebst Zins und Bezugsprovision betrieben, schlug S. B. Recht vor, und bestritt die Forderung wegen Verjährung, indem seit Austrag des Konkurses über ihn bis zur Betreibung mehr als 10 Jahre verflossen seien.

Dem gegenüber berief sich J. B. auf den Art. 883 O.-R., wonach die Verjährung erst nach Inkrafttreten des Gesetzes, also vom 1. Januar 1883 an zu laufen begonnen habe, und dass eventuell die Frist erst vom Abschluss des Konkurses auf den Cedenten Wirth an (13. December 1875) zu datiren sei. Endlich werde die Verjährung dadurch ausgeschlossen, dass er (Kläger) den Aufenthaltsort des S. B. erst letzten Herbst in Erfahrung gebracht habe.

Die erste Instanz schützte die Einrede der Verjährung und wies die Ansprache ab. Das zürcherische Recht sei massgebend, weil die Forderung im Kanton Zürich und zwischen Bewohnern desselben entstanden sei. Die Verjährung laufe von der Beendigung des Konkurses auf S. B. an, der Konkurs des Cedenten Wirth habe für die Verjährung keine Bedeutung. Die Forderung sei eine laufende gewesen und desshalb nach Verfluss von zehn Jahren nach zürcherischem und schweizerischem Recht untergegangen. J. B. hätte auch ohne nennenswerthe Anstrengungen das Domicil des S. B. ausfindig machen können.

J. B. appellirte gegen dieses Urtheil. Die Verjährung sei ausgeschlossen, weil es sich um eine urkundliche Forderung handle, welche nach früherem thurgauischem Recht nicht verjähre, für welche somit die Verjährung erst durch das O.-R. eingeführt worden sei. Eventuell wurden die in erster Instanz geltend gemachten Gründe wiederholt. Das Obergericht erklärte die Berufung für begründet.

Motive: Der Appellat bestreitet die appellantische Forderung an sich nicht; dagegen hält er ihr die Einrede der Verjährung entgegen und es ist zu untersuchen, ob dieselbe begründet sei. Art. 146 O.-R. schreibt allerdings vor, dass durch Ablauf von zehn Jahren alle Ansprüche verjähren, für welche das Gesetz nicht eine kürzere Frist bestimmt. Allein Art. 883 enthält die Uebergangsbestimmung, dass, wo durch dieses Gesetz eine Verjährung von fünf oder mehr Jahren eingeführt werde, auch der bereits abgelaufene Zeitraum einer vor dem 1. Januar 1883 begonnenen Verjährung in Anrechnung komme. Das hat offenbar den Sinn, dass, wenn das O.-R. für einen Anspruch, welcher bisher der Verjährung nicht unterlag, dieselbe neu einführt, die Frist erst vom Inkrafttreten des Gesetzes (vom 1. Januar 1883 an) läuft. In Bezug auf die Verjährung muss der unter dem alten Gesetze bestehende Zustand in allen Beziehungen einzig und allein nach den Vorschriften des alten Gesetzes beurtheilt werden, und wenn desshalb jenem Zustande ein vom alten Gesetze

zur Verjährung gefordertes Requisit fehlte, so darf der unter das alte Gesetz fallende Zeittheil unter der Herrschaft des neuen Gesetzes nicht in Berücksichtigung fallen. Führt das neue Gesetz für gewisse Forderungen, welche nach dem alten Gesetze der Verjährung nicht unterlagen, die Verjährung ein, so kann dieselbe erst mit der Herrschaft des neuen Gesetzes beginnen. (Vgl. Kommentar von Bundesrichter Hafner zu Art. 883 O.-R.; Schneider, Zeitschrift für schweiz. Rechtspflege IV. S. 434 und 436; Heuberger, Zeitliche Grenzen der Wirksamkeit des schweiz. Oblig.-Rechts S. 70 und 72.)

Im Jahre 1878, als der Appellat in den Bezirk Diessenhofen zog, war die Forderung zugegebener Massen noch nicht verjährt. Da sie unbestritten vom 1. Juli 1875 an eine laufende Forderung ist, so kommt für ihre Verjährung nach 1878 nicht mehr das zürcherische Recht in Frage, sondern das Recht des Domicils des Schuldners, das thurgauische, und es ist zu prüfen, ob nach diesem die Verjährung bereits vor dem 1. Januar 1883 zu laufen begonnen habe. Das Obergericht verneint dies.

Der Grundsatz des thurg. Rechtes lautet, dass laufende, nicht urkundlich nachgewiesene Forderungen, die aus gewöhnlichen Rechtsverhältnissen herrühren, in zehn Jahren verjähren (Grundsätzliche Entscheidungen Nr. 124). Dieses Prinzip hat sich aus einem Syndikatsbeschluss von 1736 entwickelt. 1735 suchte eine Abordnung der acht Quartiere des Thurgau bei der Tagsatzung um die Festsetzung mehrerer mit dem Erbrecht in Zusammenhang stehender Punkte nach und bat u. a. auch darum, dass, wenn eine Schuld 10 und mehr Jahre uneingefordert geblieben sei, nachher auch einer (der Gläubiger) gestorben und nun die Forderung von den Erben geltend gemacht werde, man aber nicht wisse, wie es hergegangen sei, ob nicht der verstorbene Kreditor lediglich vergessen habe, die Post im Rechenbuch durchzustreichen oder was sonst geschehen sei, in diesem Fall eine Zeit zu setzen. Im Juli 1736 hat dann die Tagsatzung in Frauenfeld (§ 32) dem Begehren, dass bei einer nicht eingeforderten Schuld in gewissen Jahren eine Präskription stabilirt werden möchte, in der Art entsprochen, dass bei unverbrieften Schulden, wenn selbige zehn Jahre nicht gefordert werden, die Verjährung Platz haben solle. (Eidg. Abschiede von 1712—1743 S. 785.) — Am 29. September 1847 hat das thurgauische Obergericht — nach Kenntnissnahme der von den Bezirksgerichten über die mit Bezug auf die Verjährung von Forderungen geltende Gerichts-

praxis abverlangten Berichte — konstatirt, dass der Syndikatsabschied in das Gewohnheitsrecht oder die allgemeine Landesübung in der Weise „übergegangen sei, dass laufende Forderungen im engern Sinn, Zinse, Forderungen aus Verkehrsverhältnissen, die in der Regel durch Bücher und Ergänzungseid oder Zeugen zu beweisen seien, in zehn Jahren, wenn niemals eingefordert, verjähren." Dagegen treffe der Hauptgrund der Verjährung, die Unsicherheit der Beweismittel, namentlich da nicht zu, wo die Schuld urkundlich nachgewiesen und der unterzeichnete Schuldner selbst als Beklagter vor den Schranken stehe, ohne dass derselbe die Tilgung der Schuld in irgend einer Weise darzuthun vermöchte. Dieser Entscheid wurde den Bezirksgerichten als Norm mitgetheilt und ist vom Obergericht wieder unterm 31. Dezember 1850 als massgebend bezeichnet worden. Am 30. November 1870 hat sich das Obergericht (Grundsätzliche Entscheidungen Nr. 125) dahin ausgesprochen:

„Wenn die Gerichtspraxis sich gegen die Verjährung urkundlicher Forderungen ausspricht, so darf dabei nicht gefordert werden, dass diese Urkundlichkeit geradezu in einem förmlichen Obligo sich zeigen müsse. Es genügt, wenn die Forderung allgemein auf Urkunden gestützt werden kann, die unter Mitwirkung des Schuldners errichtet wurden und aus welchen die Existenz der Forderung und deren Anerkennung mit voller Bestimmtheit zu entnehmen ist."

Die streitige Forderung stützt sich auf einen Kaufvertrag von 1874 und einen auf Grund desselben errichteten Kaufbrief, sie wurde im Konkurs des Appellaten eingegeben, von ihm anerkannt, ist im Konkurs nicht untergegangen, durch ein Zeugniss der Notariatskanzlei Eglisau vom 14. September 1885 belegt und zugegebener Massen nicht bezahlt worden. Als der Schuldner in den Kanton Thurgau zog, war sie unbestrittener Massen noch nicht verjährt und unterlag nach dem bis 1883 geltenden thurg. Recht nicht der Verjährung, da sie sich im Sinn der Gerichtspraxis als eine urkundliche darstellt. Somit hat gemäss Art. 883 O.-R. die Verjährung erst mit dem 1. Januar 1883 begonnen und ist die Frist noch nicht abgelaufen.

Die Zinsen des Kapitals dagegen unterlagen schon nach früherem thurg. Recht der Verjährung; nach Art. 883 O.-R. kommt daher auch der Zeitraum vor Inkrafttreten des Gesetzes, 1874—1883, in Anrechnung und können deshalb, da für Zinsen nunmehr gemäss Art. 147 O.-R. die fünfjährige

Verjährung gilt, nur noch die Zinsen von Martini 1880 an gefordert werden.

---

**107.** ***Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen vom 1. Juli 1875. Art. 8 u. 11.***

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 3. Mai 1884 i. S. Brüder Motta c. Gotthardbahn.

Brüder Motta in Airolo hatten zufolge Vertrages vom Jahre 1882 die Lieferung des von der Gotthardbahn zur Erstellung eines zweiten Geleises im grossen Tunnel benöthigten Schotters übernommen. Das Material war von denselben auf die Station A. zu führen, wo es längs eines dort angebrachten Dienstgeleises, behufs nachherigen Weitertransportes auf gewöhnlichen Schotterwagen, abgelagert werden musste.

Am 16. Mai 1883 Abends war der Knecht der Kläger Brüder M. — L. Ph. — neben besagtem Dienstgeleise mit Abladen eines Wagens Schotter beschäftigt, während der Knabe A. R. in seinem Auftrage die eingespannten zwei Pferde hielt. Plötzlich fuhr nun etwas nach 6 Uhr der fahrplanmässig um diese Zeit von Luzern her aus dem Tunnel kommende Personenzug auf das Dienstgeleise. Die Maschine überwarf den auf diesem Geleise stehenden gebremsten Bahnschotterwagen, welcher rückwärts auf die Pferde der Kläger und deren Fuhrwerk stürzte, die zwei Pferde tödtete und Geschirr und Wagen beschädigte. Auch der Knabe R. wurde verletzt.

Der Unfall war dadurch veranlasst worden, dass der Weichenwärter L. L. eine Weiche, welche er zuvor gereinigt hatte, in unrichtiger Stellung beliess, so dass der Zug, statt auf dem Hauptgeleise in die Station einzufahren, auf das erwähnte Dienstgeleise gerieth.

Gestützt auf diese Thatsachen belangen die Kläger Brüder M. die Gotthardbahn-Gesellschaft um Ersatz des ihnen erwachsenen, durch das Friedensrichteramt A., bezw. durch den von dieser Amtsstelle zugezogenen Experten auf den Betrag von Fr. 1300 abgeschätzten Schadens nebst Verzugszins seit 17. Mai 1883. Sie berufen sich hiebei auf die Artikel 1, 2 und 8 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht der Transportunternehmungen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875 sowie auf die Art. 50 und 62 O.-R.

Die Beklagte stellt jede Ersatzpflichtigkeit in Abrede. Das Bundesgesetz vom 1. Juli 1875 komme gegebenen Falles nicht zur Anwendung, da eine Tödtung oder Verletzung (eines

Menschen) nicht stattgefunden habe; die Verletzung des nicht als Kläger auftretenden und übrigens auch nicht im Dienste der Kläger gestandenen Knaben R. bleibe für das Streitverhältniss ohne Bedeutung. Auch die Artikel 50 und 62 O.-R. treffen nicht zu; zum Vorneherein nicht Art. 50, allein auch Art. 62 nicht, da die beklagte Gesellschaft alle Sorgfalt angewendet habe, um solchen Schaden, wie den eingetretenen, zu verhüten.

Obergerichtlich wurde erkennt: die Beklagte sei gehalten, an die Kläger die geforderte Summe von Fr. 1300 nebst Verzugszins seit 17. Mai 1883 zu bezahlen.

Motive: Es ist richtig, dass das zunächst angerufene Bundesgesetz vom 1. Juli 1875, nach dessen Ueberschrift zu schliessen, zunächst nur die Haftpflicht der Transportanstalten bei stattgefundenen Tödtungen und Verletzungen von Personen feststellen will. Ebenso mag zugegeben werden, dass, wenn dieses Verhältniss ausnahmslos gelten würde, die Einreihung des vorliegenden Thatbestandes in den Bereich des angerufenen Gesetzes nicht wohl statthaben könnte. Denn der Umstand, dass zugleich bei Schädigung des klägerischen Eigenthums auch der bei der beklagten Gesellschaft bedienstete Knabe R. körperlich verletzt wurde, stellt sich für die vorliegende Ersatzklage als etwas ganz Zufälliges dar und ist wohl nicht einzusehen, wie die Kläger auf diesen sie nicht berührenden zufälligen Umstand sich zu ihren Gunsten sollten berufen können. Daran kann auch nichts ändern, dass R. im kritischen Momente im Auftrage des klägerischen Knechtes Ph. die klägerischen Pferde hielt; der Versuch, aus diesem Umstande einen Haftpflichtfall nach Artikel 8 lemma 1 des cit. Gesetzes zu construiren, enthält offenbar etwas Gesuchtes und erscheint wenig zutreffend. Im Uebrigen ist in Rücksicht auf das weiter zu Sagende die Berechtigung dieser Construction hier nicht näher zu erörtern.

Art. 8 cit. bestimmt in Absatz 2, dass „ausserdem" für Abhandenkommen, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen, welche der Transportanstalt weder als Frachtgut noch als Reisegepäck anvertraut worden sind, Schadensersatz nur dann zu leisten sei, wenn ein Verschulden der Transportanstalt nachgewiesen werde.

Da in Abs. 1 dieser Gesetzesstelle die Haftpflicht der Anstalt für Beschädigungen normirt wird, welche anlässlich einer stattgefundenen Tödtung und Verletzung an Sachen des Getödteten oder Verletzten vorfallen, so lässt schon der Zusammenhang, in welchem an diese letztere Bestimmung die-

jenige im Abs. 2 angereiht wird, deutlich erkennen, dass hiedurch eben diejenigen Fälle von Sachbeschädigung beschlagen werden wollen, welche unabhängig von einer Tödtung oder Verletzung, bezw. nicht an Sachen des Getödteten oder Verletzten, sich ereignen. Sollte der Wortlaut des Art. 8 selbst diesfalls noch einen Zweifel übrig lassen, so müsste derselbe beseitigt werden durch die bundesräthliche Botschaft zu dem, dem nunmehrigen Art. 8 entsprechenden Art. 7 des Entwurfes zu dem in Frage kommenden Gesetze. In dieser Botschaft, deren hohe Bedeutung als Interpretationsmittel hier als anerkannt vorausgesetzt werden darf, wird gesagt, dass durch den Satz 2 des Art. 8 auch „die an und für sich nicht in das Gesetz gehörige, aber doch einer Entscheidung dringend bedürftige Frage" erledigt werden solle, wie es sich verhalte, „wenn Sachen, die weder als Frachtgut noch als Reisegepäck der Transportanstalt anvertraut waren, und sich auch nicht unter der Obhut eines Getödteten oder Verletzten befanden, beim Baue von Eisenbahnen resp. Betriebe der Transportanstalten beschädigt oder abhanden gebracht werden." (S. Bundesblatt 1874, Bd. I, S. 895.) Daraus ergibt sich nun klar, dass man bei der angeführten Bestimmung den, nach der Ueberschrift zu schliessen, allerdings nicht in den Rahmen des Gesetzes gehörenden Fall im Auge hatte, wo Sachen ohne stattgefundene Tödtung oder Verletzung eines Menschen beschädigt werden oder jedenfalls die beschädigten Sachen nicht Eigenthum des Getödteten oder Verletzten gewesen sind.

Der vorliegende Thatbestand ist somit unter das angerufene Haftpflichtgesetz allerdings zu subsumiren, und zwar auch dann, wenn, wie bereits angedeutet, der Gesetzgeber sich bei Artikel 8 Abs. 2 cit. wenigstens gedacht hätte, dass die hiedurch normirten Fälle von Sachbeschädigungen immerhin im Zusammenhange mit der Tödtung oder Verletzung eines Menschen (ausser dem Sachdamnificaten) stattfinden müssen; denn in diesem Falle müsste dann allerdings den Klägern zustehen, auf die Verletzung des Knaben R. sich ernsthaft zu berufen.

Wenn sonach die Beklagte die Anwendung der Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes sich gefallen lassen muss, so kann nunmehr über die Ersatzpflichtigkeit derselben ein Zweifel nicht walten. Art. 8 dieses Gesetzes statuirt allgemein, für alle unter dasselbe zu subsumirenden Fälle, die unbedingte Haftpflicht der Transportanstalt für das Verschulden ihrer Angestellten. An dieser Haftpflicht wird für den vorliegenden Fall dadurch nichts geändert, dass die Ersatzpflichtigkeit der

Anstalt in dem zutreffenden Abs. 2 des Art. 8 an die Bedingung geknüpft wird, dass „ein Verschulden der Transportanstalt“ vorliege. Offenbar muss hier auch das Verschulden eines jeden Angestellten genügen, für welches die Anstalt, wie bemerkt, nach Art. 3 überhaupt und uneingeschränkt zu haften hat. Von einem Verschulden der Anstalt selbst kann ja ohnedies die Rede nicht sein; wollte aber etwa unter dem Verschulden des Absatz 2 nur ein Verschulden der höhern, die Gesellschaft vertretenden Organe derselben verstanden werden, dann würde in der Bestimmung Etwas gesagt, was auch ohne das überall als selbstverständlich gelten könnte. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird übrigens neuerdings bestätigt durch die bereits erwähnte bundesräthliche Botschaft zum Entwurfe des fraglichen Gesetzes. Hier wird erläuternd das erforderliche „specielle Verschulden der Transportanstalt“ als ein solches im Sinne des Art. 38 des Gesetzes betreffend den Frachtverkehr, resp. des daherigen Entwurfes bezeichnet; auch der Entwurf zu dem entsprechenden Art. 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes ruft ausdrücklich jenem Art. 38. Im Art. 38 des Entwurfes zu einem Gesetze über den Frachtverkehr war aber und zwar ausschliesslich, die Vertretungspflicht der Transportanstalten für die von ihren Beamten und Angestellten ohne Unterschied stellungsgemäss abgegebenen Erklärungen, sowie ihre Verantwortlichkeit für Versehen und Vergehen der Angestellten und Beamten statuirt; in der begleitenden bundesräthlichen Botschaft hiezu wird noch gesagt, dass unter den Angestellten auch „gewöhnliche Arbeiter“ mitbegriffen sein sollen.

Dass gegebenen Falles die Schädigung des klägerischen Eigenthums durch das Verschulden eines Angestellten der beklagten Gesellschaft herbeigeführt wurde, steht ausser Streit.

Wenn sonach die Entschädigungspflicht der Beklagten aus dem Gesichtspunkte des zunächst angerufenen Haftpflichtgesetzes grundsätzlich begründet erscheint, so ist nun weiter nicht zu untersuchen, ob eine solche Ersatzpflicht gegebenen Falles auch nach gemeinem Rechte, speciell Art. 2 O.-R., bestehen würde.

Was das Mass der streitigen Forderung betrifft, so steht es dem Richter gemäss Artikel 11 des gleichen Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 zu, über die Höhe des Schadensersatzes und die Wahrheit der thatsächlichen Behauptungen nach freier Würdigung des gesammten Inhaltes der Verhandlungen zu entscheiden, ohne an die Beweisgrundsätze der einschlagenden Processgesetze gebunden zu sein. Von dieser

Befugniss Gebrauch machend, stellt der hierseitige Richter, zumal bei dem wesentlich negativen Gesammtresultate der vorliegenden Zeugenbeweis-Verhandlung, auf die Schätzung des vom Friedensrichteramte A. bestellten Experten ab, und gelangt daher in Abweichung von der ersten Instanz zur vollständigen Gutsprechung des Klagebegehrens.

---

108. *Bundesgesetz betr. Ergänzung des Auslieferungsgesetzes vom 2. Hornung 1872 (Off. S. X. S. 672). Gemäss diesem Gesetz, welches den Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Rechtshülfe in Strafsachen von Kanton zu Kanton aufstellt, sind auch Rogatorien in Ehrverletzungsprozessen einzig mit der im Gesetz angeführten Ausnahme kostenfrei zu erledigen.*

**Zürich.** Beschluss des Obergerichtes vom 7. Februar 1885 i. S. des Strafgerichtes Baselstadt c. die Bezirksgerichte Winterthur und Uster.

In einem beim Strafgerichte des Kts. Baselstadt anhängigen Ehrverletzungsprozesse wurden auf dem Wege des Requisitorials je ein im Bezirk Winterthur und im Bezirk Uster wohnhafter Zeuge einvernommen. Die beiden Einvernahmsprotokolle gelangten mit Nachnahmen (für Zeugen-, Schreibgebühren und Porto) belastet an das requirirende Gericht. Die Nachnahmen wurden provisorisch eingelöst; es beschwerte sich dann aber der Präsident des Strafgerichtes Baselstadt beim zürcherischen Obergericht darüber, dass die Erledigung der Requisitoriale nicht kostenfrei erfolgt sei, und beantragte unter Hinweisung auf das Bundesgesetz betr. Ergänzung des Auslieferungsgesetzes vom 2. Februar 1872, dass die genannten Bezirksgerichte zur Rückvergütung der bezahlten Gebühren angehalten werden. Die Beschwerde wurde als begründet erklärt und die betr. Bezirksgerichte angewiesen, die bezogenen Gebühren dem Strafgerichte Baselstadt zurückzuerstatten.

Motive. Es ist den Ausführungen des Bezirksgerichtes Winterthur in seiner Vernehmlassungsschrift darin beizupflichten, dass das frühere Bundesrecht in seinen einschlägigen Bestimmungen, wie sie in Art. 19 und 20 des Concordates vom 8. Juni 1809 (alte Off. S. I S. 303) niedergelegt und in das Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern oder Angeschuldigten vom 24. Juli 1852 (Off. S. III S. 61) aufgenommen worden sind, keine allgemeine Verpflichtung zur Vornahme von Untersuchungshandlungen festgesetzt hat. Viel-

mehr spricht das Concordat nur von Einvernahmen, die zur Erhebung eines Verbrechens und seiner Umstände nothwendig seien, ohne indessen eine Beschränkung auf diejenigen Straffälle zu bestimmen, wo die Auslieferung von Verbrechern stattzufinden habe. Es ist daher von vornherein nicht gesagt, dass die die Einvernahme von Zeugen betreffenden Bestimmungen des Bundesgesetzes betr. die Auslieferung vom Jahr 1852 und des Nachtrages zu diesem vom Jahre 1872 sich nur auf diejenigen Strafsachen beziehen müssen, wo eine Auslieferung verlangt werden könne. Das Bundesgesetz vom 2. Februar 1872 betr. Ergänzung des Auslieferungsgesetzes schreibt nun zwar allerdings auch nicht positiv vor, in welchen Straffällen Requisitorialien aus andern Kantonen Folge gegeben werden müsse, bestimmt dagegen, „dass, wenn die Behörden eines Kantons von den Behörden eines andern Kantons zur Vornahme von Untersuchungshandlungen, Vorladung von Zeugen u. s. w. angesprochen werden, die Behörden des requirirten Kantons für diesfällige Verrichtungen von den Behörden des requirirenden Kantons keinerlei Gebühren noch Auslagen beziehen dürfen, und bloss die Rückforderung von Auslagen für wissenschaftliche und technische Expertisen vorbehalten bleibe.“ Diese Vorschrift hat nun offenbar den Sinn, dass überall da, wo derartigen Gesuchen entsprochen wird, gleichviel, ob es sich um eine auf Staats- oder Privatklage hin betriebene Strafuntersuchung handelt, die Erledigung derselben mit der einzigen dort angeführten Ausnahme unentgeltlich zu erfolgen habe. Dass das Bundesgesetz eine Unterscheidung von Staats- und Privatstrafklagen nicht trifft, beruht, wie aus der Botschaft des Bundesrathes (Bundesblatt 1871 III. S. 575 ff.) hervorgeht, keineswegs auf einer zufälligen Unterlassung und kann auch nicht dahin verstanden werden, dass seine Bestimmungen nur in den Fällen zur Anwendung gelangen sollen, wo die Auslieferung begehrt werden könne. Im Gegentheil wollte damit ein einheitliches Verfahren für alle Requisitionen in Strafsachen eingeführt werden, und zwar hauptsächlich desshalb, um für den Verkehr zwischen den einzelnen Kantonen unter sich das nämliche Princip zu begründen, wie es für den Verkehr mit dem Auslande bereits in einer Reihe von Auslieferungsverträgen statuirt war. In diesen Auslieferungsverträgen, welche in der Botschaft Seite 577 aufgeführt werden, ist nämlich ganz allgemein vorgeschrieben, dass Requisitorialien in Strafsachen unentgeltlich zu entsprechen sei, mit der Ausnahme, dass Ausgaben für wissenschaftliche oder technische Expertisen ersetzt werden

müssen, ohne dass dabei etwa eine Beschränkung auf diejenigen Straffälle festgesetzt wäre, wo es sich um Auslieferung des Thäters handeln könnte. Nach dem Wortlaut dieser Verträge kann nicht bezweifelt werden, dass die betreffenden Kontrahenten in sämmtlichen Strafsachen mit Inbegriff von Privatstraf- und speziell Ehrverletzungsklagen, wo es sich nicht um politische Verbrechen handelt (vergl. z. B. Vertrag mit Belgien vom 24. November 1869 Art. 19), gegenseitig verlangen dürfen, dass den diesfälligen Gesuchen ohne Bezug von Gebühren entsprochen werde und es kommt für die Auslegung des Bundesgesetzes von 1872 gewiss nichts darauf an, dass im Verkehr mit dem Ausland in Ehrverletzungsprozessen von jener Bestimmung vielleicht nicht immer Gebrauch gemacht werden mag. Dieser Grundsatz wollte nun aber auch auf den interkantonalen Verkehr ausgedehnt werden, „indem der Fortbestand von Citationsgebühren und Sporteln in Fällen, wo es sich nicht um eine Auslieferung handle, eine Anomalie und ein Widerspruch mit dem bundesgesetzlich aufgestellten Prinzipe sei." (Botschaft Seite 577.)

Der im Bundesgesetz aufgestellte Grundsatz der unentgeltlichen Rechtshülfe bezieht sich nur auf das Verhältniss von Kanton zu Kanton, auf die Frage der Auferlegung der Kosten an die unterliegende Partei und deren Bezug hat derselbe keinen Einfluss. Es erscheint aber nur als billig, dass das requirirende Gericht, wenn es dazu kommt, die Kosten der Untersuchung, sei es dem Angeklagten, sei es dem Denunzianten aufzulegen, von sich aus den Bezug dieser Kosten vornimmt und die Kosten der Requisitoriale (Zeugenvorladungs- und Schreibgebühren und Porto) bei deren Eingang ohne Weiteres der requirirten Gerichtsstelle zurückvergütet.

---

**109.** *Loi fédérale sur les transports par chemin de fer du 20 mars 1875. Art. 14 § 3 et 31. Transport de volailles, absence de réserves; perte; responsabilité de la Compagnie.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 18 mars 1886 dans la cause Giovanna c. Cie Paris-Lyon-Méditerranée.

La demanderesse réclame la somme de 90 fr. pour valeur de six oies mortes en cours de transport et dommages-intérêts, tandis que la défenderesse, estimant ne rien devoir, conclut au déboutement de veuve Giovanna, avec dépens.

En fait, dans le courant du mois de septembre dernier, un des correspondants de la demanderesse lui envoya dix oies vivantes, et à l'arrivée à Genève, sans qu'aucun retard de transport ait eu lieu, six de ces volatiles avaient péri.

Attendu qu'au départ il n'a été fait aucune réserve au sujet de cette marchandise et de la manière dont elle était expédiée; que cependant si, comme l'affirme la défenderesse, les cages étaient trop petites et ne renfermaient pas de nourriture pour les bêtes qui y étaient, ce défaut, au plus haut point reconnaissable extérieurement, aurait dû être signalé à l'expéditeur par le chemin de fer;

Vu les art. 14, § 3 et 31 de la loi fédér. de 1875; vu encore la jurisprudence constante du Tribunal de céans;

Attendu, dès lors, qu'en application de l'art. 36 de la loi susrappelée, la défenderesse doit un dédommagement à dame Giovanna pour le préjudice qui lui a été causé; qu'en tenant compte des faits et du prix moyen des oies, qu'exagère un peu la demanderesse, il y a lieu de dire et prononcer que la Cie P.-L.-M. devra, de ce chef, lui payer la somme de 65 fr., tous dépens mis à la charge de celle-ci.....

---

110. *Traité franco-suisse du 15 juin 1869. Art. 1er et 2. Contestation entre Français; inapplicabilité de la convention.*

**Genève.** Jugement du tribunal civil du 25 février 1886 dans la cause Fontaine c. Forest.

Le demandeur réclame le paiement de la somme de 890 fr. 50 c. ainsi que divers objets à lui appartenant, qu'il estime valoir 500 fr., tandis que le défendeur, sans s'expliquer au fond, excipe de l'incompétence du Tribunal de céans.

Quant à cette exception: attendu que Forest est Français; qu'il affirme et qu'il n'est point contesté que tel soit aussi le cas de Fontaine; qu'ainsi, il s'agit en l'espèce d'une contestation entre deux Français; que Fontaine est domicilié à Carouge et le défendeur à St.-Etienne;

Attendu que le traité franco-suisse de 1869 ne règle que ce qui concerne les contestations entre Suisses et Français, et non entre Français seuls;

Que, dans son art. 2, il pose, à la vérité, une règle pour les contestations qui peuvent surgir entre Français, mais que, pour que cette règle entre en vigueur, il faut que ceux-ci soient tous domiciliés ou aient un établissement commercial en Suisse; qu'elle est sans valeur dans l'espèce; qu'au sur-

plus, elle aboutit à rendre compétent le tribunal du domicile ou du lieu d'établissement en Suisse;

Attendu, dès lors, que c'est en vain que le défendeur invoque le traité dont s'agit, lequel n'est pas applicable au cas actuel; que le Tribunal doit donc, pour statuer sur l'exception soulevée, se baser sur la loi genevoise seule;

Vu, à cet égard, l'art. 60 de la loi du 15 février 1816, modifiée le 5 décembre 1832;

Attendu que sont justiciables des tribunaux du canton, les étrangers, même non résidants, à raison des obligations qu'ils y auraient contractées envers des individus y domiciliés;

Attendu que l'obligation dont il est fait état vis-à-vis de Forest a été contractée dans le canton de Genève envers le demandeur, qui y est domicilié; que, conséquemment, le Tribunal doit se déclarer compétent.....

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

111. *Art. 29 des B.Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Ist dasselbe gegen Competenzentscheide in Ehescheidungssachen (Art. 56 B.Ges. über Civilstand und Ehe) zulässig?*

Entscheidungen kantonaler Gerichte, durch welche Ehescheidungsklagen von Ausländern mangels des in Art. 56 [1]) des B.Ges. über Civilstand und Ehe geforderten Ausweises von der Hand gewiesen worden sind, können nicht nach Art. 29 des Organis.Ges. an das Bundesgericht weitergezogen, sondern nur mittelst des staatsrechtlichen Rekurses angefochten werden, da solche Entscheidungen keine Haupturtheile im Sinne der angeführten Bestimmung des Organisationsges. sind.[2]) (Entsch. vom 22. Mai 1886 i. S. Eheleute Chazelas.)

112. *Art. 29 B.Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Erforderniss, dass die Rechtsstreitigkeit nach eidg. Rechte zu entscheiden sei. Räumliche Anwendung des Rechts bezüglich Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bezahlung einer Nichtschuld.*

Ch. und M. in Genf haben am 19. Juni 1883 beim Einnehmeramt von St. Julien, Haute-Savoie, den Betrag von Fr. 12,657.50 Cts. für die Coupons mehrerer französischer Rententitel erhoben, welche eine Dame F. bei denselben verpfändet hatte. Der Generaleinnehmer des Departement de la Haute-Savoie forderte diesen Betrag als bezahlte Nichtschuld zurück, weil bezüglich der betreffenden Coupons ein administratives Zahlungsverbot bestanden habe. Das Bundesgericht, an welches der Generaleinnehmer das die Klage abweisende Urtheil der Genfer Gerichte weiterzog, erklärte

[1]) Vgl. diese Revue Bd. II, N° 8, und Bd. III, N° 79, 100 u. 132.

[2]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. III, S. 166.

sich incompetent, weil die Zahlung der Fr. 12,657. 50 in Frankreich geschehen sei und daher über die Zurückforderung das französische Gesetz als dasjenige des Ortes der Hingabe entscheide; Bar, intern. Privatrecht S. 315, Asser, das intern. Privatrecht S. 50; Foelix traité de droit international 1 p. 260. (Entsch. v. 5. Juni 1886 i. S. Seitivaux c. Chapaley & Mottier.)

---

113. *Art. 29 B.Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 38 O.R. Vertretung der Gemeinden durch die Gemeindebehörden nach aussen bezüglich des Abschlusses privatrechtlicher Verträge. Anwendbarkeit des kantonalen Rechts. Incompetenz des B.Ger. zur Abänderung diesfälliger Entscheidungen der kantonalen Gerichte.*

Nach Art. 38 O.R. ist für die Beantwortung der Frage, ob eine Gemeindebehörde die Gemeinde nach aussen unbeschränkt vertrete und ob die von der Gemeindebehörde Namens der Gemeinde unter Ueberschreitung ihrer Befugnisse eingegangenen Rechtsgeschäfte für die Gemeinde verbindlich seien, das kantonale Recht massgebend. Wenn daher die kantonalen Gerichte einen von einer Gemeindebehörde abgeschlossenen Werkvertrag desshalb als ungültig erklärt haben, weil der Beschluss nicht ordnungsgemäss gefasst worden sei, bezw. weil nicht die — nach dem kantonalen Recht erforderliche — absolute, sondern nur die relative Mehrheit der Behörde sich für Abschluss des betreffenden Vertrages ausgesprochen habe, so entzieht sich dieser Entscheid der Nachprüfung des Bundesgerichts. (Entsch. vom 5. Mai 1886 i. S. Pharisaz, Gillard & Cie. c. Gemeinde Sales.)

---

114. *Haftung der eidg. Post dafür, dass eine Postsendung dem wirklichen Adressaten ausgeliefert werde. Art. 12 und 15 des Postregalgesetzes vom 2 Juni 1849; Art. 23 der Transportordnung.*

Am 12. Oktober 1885 sandte die Bank in Wyl durch die Post Fr. 3000 an die Adresse „Hrch. Ambühl in Firma Gebr. Ambühl aus Winzenberg, poste-restante Gossau". Da diejenige Person, welche gleichen Tags diese Geldsendung mittelst Telegramms durch den Posthalter, zugleich Telegraphist, von Gossau verlangt hatte und sich beim Postbureau Gossau zur Empfangnahme des Geldes meldete, dem Posthalter unbekannt war und auch keine Ausweispapiere bei sich hatte, so verlangte letzterer den Nachweis der Identität mit

dem Destinatär der Sendung und erklärte sich dabei schliesslich bereit, ihr das Geld auszuhändigen, wenn sie folgende (vom Posthalter auf einem für den Identitätsbeweis aufgestellten, jedoch auf den concreten Fall nicht passenden und daher entsprechend veränderten Formular entworfene) Bescheinigung: „Der Unterzeichnete bezeugt hiermit, dass Hrch. „Ambühl (Name und Vorname des Präsentirenden) von Win„zenberg, welcher sich heute beim Postbureau Gossau zur „Empfangnahme folgenden Postgegenstandes . . . . . präsentirt „hat, wirklich Hrch. Ambühl von Firma Gebr. Ambühl aus „Winzenberg ist", mit der Unterschrift des dem Posthalter persönlich bekannten Viehhändlers und Wirthes U. in Gossau versehen beibringe. Mit diesem Formular ging der Unbekannte zu dem Viehhändler U. und es gelang ihm, letztern durch die Behauptung, er sei ein Sohn des Viehhändlers Ambühl, zu bestimmen, dass er die Bescheinigung unterzeichnete, bezw. durch seine Frau mit seinem Namen unterzeichnen liess. Darauf händigte der Posthalter dem Unbekannten die Sendung aus, worauf der letztere spurlos verschwand. Da sich später herausstellte, dass der Empfänger ein Betrüger gewesen sei, so belangte die Bank in Wyl die eidg. Postverwaltung auf Ersatz der Fr. 3000 und siegte ob.

Gründe: Die kontraktliche Haftung der Postanstalt für von ihr zum Transport übernommene, mit Werthangabe versehene Postgegenstände wird grundsätzlich durch die Art. 12 und 15 des Postregalgesetzes vom 24. Mai, 2. Juni 1849 normirt. Danach haftet die Post für „Verlust oder Beschädigung" solcher Gegenstände nach Massgabe des eingeschriebenen Werthes, wenn nicht einer der in Art. 15 leg. cit. vorgesehenen Befreiungsgründe vorliegt, namentlich (worum es sich in casu einzig handeln konnte) der Befreiungsgrund der litt. b leg. cit., wonach die Entschädigungspflicht wegfällt, wenn der Schaden nicht von einem Postbeamten oder Bediensteten verschuldet worden ist. Unter „Verlust" eines eingeschriebenen Werthgegenstandes, wofür die Post gemäss Art. 12 cit. einzustehen hat, ist ohne Zweifel nicht nur das „Verlieren" im engsten Sinne des Wortes, sondern jedes Abhandenkommen zu verstehen, mag nun dasselbe durch Verlieren im engern Sinne oder durch Ablieferung an eine zum Empfange nicht berechtigte Person oder durch Entwendung seitens eines Postbeamten oder eines Dritten herbeigeführt werden. Dies ergiebt sich nicht nur aus einer Vergleichung des Art. 12 mit dem Art. 17 des Postregalgesetzes, sondern folgt auch durchaus aus der Natur der Sache. Die Post hat

kontraktlich den Transport des Poststückes an den Adressaten übernommen, sie hat für die Erfüllung dieser ihrer Vertragspflicht im ganzen Umfange, also auch für die richtige Ablieferung an den Adressaten einzustehen, und zwar haftet sie so lange, als sie nicht ihrerseits einen Befreiungsgrund nachweist. Diese Vertheilung der Beweislast folgt sowohl aus der Textirung des Gesetzes (Art. 15 verbis „die Entschädigungspflicht fällt weg, wenn“ u. s. w.) als aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Denn nach allgemeiner Rechtsregel hat der Schuldner, welcher auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Verpflichtung belangt wird, seinerseits einredeweise seine Befreiung darzuthun, speziell nachzuweisen, dass die Erfüllung ohne ein von ihm zu vertretendes Verschulden unmöglich geworden ist. Diesen Beweis hat aber die Post nicht geleistet. Es ist evident, dass der Transportvertrag zwischen der Absenderin und der Post nicht auf Ablieferung an den unbekannten Urheber des die Geldsendung verlangenden Telegramms, sondern auf Ablieferung an den Adressaten der Sendung, Hrch. Ambühl aus Winzenberg, gerichtet war, und es kann sich daher nur fragen, ob der beklagte Postfiskus bei Prüfung der Identität des Empfängers der streitigen Sendung mit aller derjenigen Sorgfalt verfahren sei, welche im Postdienste unter den gegebenen Verhältnissen überhaupt verlangt werden kann. Hiefür sind die einschlagenden Bestimmungen der Transportordnung für die schweizerischen Posten von erheblicher Bedeutung. Nun kennt Art. 23 der Transportordnung einen bloss durch Zeugenbescheinigung zu erbringenden Identitätsbeweis nicht, sondern nur als Ergänzung des Beweises durch Legitimationspapiere. Wenn man aber dennoch annehmen wollte, nach Sinn und Geist der Transportordnung sei dem Postbeamten für ausserordentliche Fälle die Zulassung auch anderer Arten des Identitätsbeweises als der in Art. 23 ausdrücklich normirten freigestellt, so muss dann jedenfalls gefordert werden, dass der Postbeamte dabei mit höchster Vorsicht zu Werke gehe, dass er speziell, wenn er sich mit einem blossen Zeugenbeweise und insbesondere durch einen einzigen Zeugen begnügen will, den Zeugen als durchaus zuverlässig und einsichtig kenne und sich vergewissere, dass derselbe die Tragweite des von ihm geforderten Zeugnisses vollständig einsieht. Auch diese Anforderung ist aber hier nicht erfüllt worden. Der Postverwalter von Gossau, welcher einfach dem angeblichen Adressaten ein, zudem in seiner Ueberschrift („Protokoll über einen geleisteten Identitätsbeweis“) auf den

Fall gar nicht passendes, von ihm entsprechend abgeändertes Zeugniss aushändigte und demselben überliess, die Unterschrift des Zeugen U. selbst einzuholen, hatte offenbar keine genügende Gewissheit, dass der Zeuge die Tragweite der von ihm geforderten Erklärung vollständig übersehe; dies umsomehr, als der (sonst allerdings als zuverlässig und ehrenhaft bekannte) Viehhändler U. seine Scripturen, wie dem Postverwalter bekannt war, nicht selbst besorgte, also gewiss nicht als feststehend angenommen werden konnte, dass er die Bedeutung eines ihm vorgelegten Schriftstückes sofort zu erkennen in der Lage sei. Zu Aufwendung grösster Sorgfalt war aber im vorliegenden Falle um so mehr Veranlassung, als es sich nicht etwa um eine unbedeutende, sondern um eine verhältnissmässig bedeutende Geldsendung handelte. (Entsch. vom 9. Juli 1886 i. S. Bank in Wyl c. Bund.)

---

115. *Art. 882, 512 und 446 O. R. Zeitliche Anwendung des O. R. auf Differenzgeschäfte. Begriff des klaglosen Differenzgeschäftes. Einrede des Spiels gegen den als Selbstkontrahent eintretenden Kommissionär.*

Die Kreditanstalt in Luzern führte in den Jahren 1882 bis 1884 für den Beklagten R. eine Reihe von Börsenaufträgen, lautend auf Kauf und Verkauf verschiedener Börsenpapiere, aus. Halbjährlich erfolgte ein Rechnungsabschluss, und am 5. Januar 1884 kam zwischen der Kreditanstalt und dem Beklagten R. ein sog. Kreditvertrag zu Stande, wonach die Rechnung des Beklagten mit derjenigen einer M. K. in eine verschmolzen und letztere auf den Namen des R. übertragen wurde, wogegen M. K. sich als Bürge und Selbstzahler für R. verpflichtete. Am 4. Januar 1884 bestellte R. der Kreditanstalt über die bereits in deren Händen befindliche Deckung weitere Faustpfandrechte an verschiedenen Werthpapieren. Später weigerte sich aber R., das Guthaben der Kreditanstalt zu berichtigen, und stellte der Klage derselben die Einrede des Spiels entgegen. Diese Einrede wurde von allen Instanzen verworfen. Die Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils, aus welcher auch die erheblichen thatsächlichen Momente zu entnehmen sind, geht im Wesentlichen dahin:

Für die Gültigkeit bezw. Klagbarkeit der vor dem 1. Januar 1883 entstandenen Forderung der Klägerin ist gemäss Art. 882 Abs. 1 und 2 O. R. das zur Zeit ihrer Entstehung geltende kantonale Recht massgebend. Weder die

seit dem 1. Januar 1883 stattgefundenen Rechnungsabschlüsse noch der sog. Kreditvertrag vom 5. Januar 1884 vermögen hieran etwas zu ändern. Waren die frühern Forderungen der Klägerin nach dem für sie massgebenden kantonalen Rechte ungültig, weil ihnen nach diesem die Einrede des Spiels oder der Wette entgegenstand, so sind sie durch die spätern Vorgänge gewiss nicht gültig geworden, denn eine durch die gedachte Einrede entkräftete Forderung kann, nach durchaus feststehender und dem Sinne und Geist des Gesetzes entsprechender Praxis auch nicht gültig novirt werden (Art. 513 O. R.). Waren sie dagegen nach kantonalem Rechte gültig, so ist ihnen diese Gültigkeit nicht nachträglich durch das Inkrafttreten des eidg. O. R. entzogen worden; denn es liegt nichts dafür vor, dass etwa der Gesetzgeber, in Abweichung von der allgemeinen Regel, dem Art. 512 O. R. rückwirkende Kraft habe verleihen wollen. Es könnte sich daher fragen, ob nicht das angefochtene Urtheil, insoweit es sich auf die vor 1. Januar 1883 abgeschlossenen Geschäfte bezieht, desshalb aufzuheben sei, weil es entgegen dem Art. 882 O. R., das eidg. Recht auf einen Thatbestand anwendet, auf welchen dasselbe nicht angewendet sein will.[1]) Allein ein dahinzielender Parteiantrag ist nicht gestellt worden, was auch begreiflich ist, da ja die ganze Vertheidigung des Beklagten ausschliesslich auf dem neuen Gesetze (Art. 512 O.R.) fusst, und es kann somit hievon keine Rede sein. Dagegen ist das Bundesgericht rücksichtlich der seit 1. Januar 1883 abgeschlossenen Geschäfte unzweifelhaft kompetent und es ist daher insoweit auf die sachliche Prüfung der Beschwerde einzutreten.

Die Kreditanstalt hat als Kommissionär (Einkaufs- und Verkaufskommissionär) des Beklagten R. gehandelt (Art. 430 O. R.), sie hat die Einkaufs- und Verkaufsaufträge des letzteren in eigenem Namen, aber auf Rechnung des Beklagten ausgeführt, und zwar ohne jemals dem Beklagten den Namen ihres Käufers oder Verkäufers bekannt zu geben. Sie gilt daher dem Beklagten gegenüber gemäss Art. 446 O. R. als Selbstkontrahent und es kann somit keinem Zweifel unterliegen, dass ihr gegenüber die Einrede des Spiels statthaft ist.

Die Einrede des Spiels oder der Wette ist nun aber unbegründet. Das Gesetz erklärt, wie bereits durch das Urtheil des Bundesgerichtes i. S. Titzk & Cie. c. Post & Lappé[2])

---

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Bd. III, S. 183.

[2]) Siehe oben N° 84.

vom 1. Mai 1886 ausgesprochen worden ist, nicht alle Zeitgeschäfte in Waaren oder Börsenpapieren als klaglos, sondern nur diejenigen, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette an sich tragen. Letzteres aber trifft nur dann zu, wenn nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter, Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Geschäfte, bei welchen den Parteien die Wahl zwischen wirklicher Erfüllung und der Regulirung durch Bezahlung und Empfang der Differenz zusteht, erscheinen nicht als blosse Spiel- und Wettgeschäfte (reine Differenzgeschäfte), und noch weniger natürlich qualifiziren sich als solche die Spekulationskäufe oder Verkäufe von Waaren und Börsenpapieren, bei welchen reelle Lieferung gewollt ist und erfolgt. Nun stellt aber die zweite Instanz ausdrücklich fest, die Börsenpapiere, um die sich der Verkehr zwischen den Parteien drehe, liegen zum grossen Theile als Guthaben des Beklagten in natura im Besitze der Klägerin; diese Titel müssen also doch reell bezogen worden sein. Allerdings möge nicht geleugnet werden, dass in einzelnen Fällen der sofortige wirkliche Bezug der Titel der eigentlichen Absicht nach nicht verlangt, ja nicht einmal gewünscht worden sein möge. Immerhin aber lauten die Aufträge schlechthin zu „kaufen"; die Titel seien dann jedenfalls auch angekauft worden und seien zweifelsohne zu jeder Zeit wirklich beziehbar gewesen, sofern der Beklagte von der möglicherweise bestandenen Absicht, sie bald wieder auf dem Platze zu verkaufen, in der Folge abgekommen sein und nun den wirklichen Bezug verlangt haben würde. Nach diesen thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann gewiss keine Rede sein, dass es sich hier um reine Differenzgeschäfte handle. (Entsch. v. 24. Juli 1886 i. S. Rüegger c. Kreditanstalt Luzern.)

---

**116.** *Art. 815 Ziff. 3 und 4 und Art. 762 O. R. Nothwendigkeit und Bedeutung des Wechselprotestes für den Regress mangels Zahlung.*

S. & Cie., Indossanten eines von P. W. auf Frau W. K. gezogenen und von letzterer acceptirten Wechsels, bestritten die gegen sie mangels Zahlung erhobene Regressklage, weil der erhobene Protest, wörtlich folgenden Inhalts: „Das Original „vorstehenden Wechsels habe ich auf Begehren des Inhabers . .

„heute im Domizil der Frau W. K. in B. zur Einlösung vor„gewiesen und von dem Sohn Albert W. zur Antwort er„halten, er sei nicht einverstanden, dass seine Mutter diesen „Wechsel einlöse," — der Vorschrift des Art. 815 Ziff. 3 und 4 O. R. nicht entspreche. Das Bundesgericht wies — im Gegensatz zu dem kantonalen Gericht — die Regressklage ab, weil aus dem Protest nicht mit Sicherheit hervorgehe, dass die Acceptantin des Wechsels bei der Protesterhebung nicht anwesend bezw. nicht anzutreffen gewesen sei; während eine solche bestimmte Angabe nach Art. 815 Ziff. 4 zu den wesentlichen Erfordnissen des Protestes gehöre und zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung statthaften Regresses gegen die Indossanten nach Art. 862 O. R. ein den Vorschriften jener Gesetzesbestimmung genau entsprechender Protest erforderlich sei. [1]) (Entsch. vom 28. März 1886 i. S. Schlesinger & Cie. c. Eidg. Bank.)

---

117. *Art. 2 des B. Ges. über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874. Einsprache gegen Bestellung von Pfandrechten auf Eisenbahnen. Frist zur Anbringung der Klage beim Bundesgerichte.*

Die vom Bundesrathe gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874 den Einsprechern anzusetzende dreissigtägige Klagefrist ist zweifellos keine Verjährungs-, sondern eine Präklusivfrist. Wenn nun das Gesetz für diese Präklusivfrist eine Dauer von 30 Tagen vorschreibt, so richtet sich diese Vorschrift nicht unmittelbar an die Einsprecher, sondern an den Bundesrath; nicht den Einsprechern wird vorgeschrieben, binnen 30 Tagen, von einem bestimmten Anfangstermin an, zu klagen, sondern dem Bundesrathe wird aufgegeben, ihnen eine Klagefrist von 30 Tagen erst zu bestimmen. Allerdings wird anzunehmen sein, dass der Bundesrath den Anfangstermin dieser Frist nicht beliebig bestimmen und damit die Dauer der Frist beliebig verlängern darf, sondern dass er nach Sinn

---

[1]) Vgl. Schneider und Fick, Anm. 5 zu Art. 815 O.R., Rehbein, Allg. Deutsche Wechselordnung, mit Commentar, 3. Aufl., S. 113 f., N° 5 und 7; Kuntze und Brachmann in Endemann's Handbuch des deutschen Handelsrechts, Bd. IV, S. 94; O. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechts, §. 128, bes. S. 509 f.; Wächter, Wechselrecht des deutschen Reiches, S. 359 f., und Encycl. des Wechselrechts, Bd. II, S. 788 f.; Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl., S. 317 f.

und Geist des Gesetzes verpflichtet ist, den Anfangstermin der Frist auf die Mittheilung seines Fristansetzungsbeschlusses zu fixiren. Bestimmt daher der Bundesrath den Endtermin der Frist derart, dass diese mehr als 30 Tage, von der Mittheilung an gerechnet, beträgt, so mag darin eine Verletzung des Gesetzes liegen, welche zu einer Beschwerde gegen den Bundesrath Veranlassung geben könnte. Für die Einsprecher dagegen bleibt die ihnen vom Bundesrathe angesetzte Frist massgebend; haben dieselben binnen der ihnen vom Bundesrathe angesetzten Frist geklagt, so haben sie alles gethan, was ihnen obliegt, mag der Bundesrath seinerseits bei Festsetzung der Frist gesetzmässig oder gesetzwidrig verfahren sein. (Entsch. vom 29. April 1886 i. S. Luzern c. Aarg. Luz. Seethalbahn.)

---

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

118. *Ungültigkeit der durch Mandatsvertrag eingegangenen Verpflichtung, in eine Lotterie zu setzen, wegen Unsittlichkeit der Leistung. O. R. Art. 17.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 5. Juli 1886 i. S. Holliger c. Bödecker.

Die von der Beklagten gegenüber der Klägerin in Folge eines Mandatsvertrags eingegangene Verpflichtung, die von ihr erhaltenen 400 Fr. in die österreichische Lotterie zu setzen, war ungültig; denn nach Art. 17 des O. R. kann eine widerrechtliche oder unsittliche Leistung nicht Gegenstand eines Vertrages sein, und zu den unsittlichen Leistungen muss nach unserer Gesetzgebung auch das Setzen in eine fremde, nicht bewilligte Lotterie gezählt werden. Art. 516 O. R., welcher bestimmt, dass auch für auswärts gestattete Lotterien oder Ausspielverträge in der Schweiz kein Rechtsschutz gewährt werde, wenn nicht die zuständige schweiz. Behörde den Vertrieb der Loose bewilligt habe, kann nämlich nur auf dieser Auffassung beruhen und es ist dieselbe schon längst diejenige des zürcher. Rechts und hat hier zu dem auch jetzt noch gültigen Verbot des Kollektirens für fremde Lotterien geführt. Wenn aber die Beklagte zur Ausführung des ihr gegebenen Auftrages, in die österreichische Lotterie zu setzen, rechtlich nicht verpflichtet war, so war die Klägerin nicht bloss nicht berechtigt, Erfüllung dieser Verpflichtung zu ver-

langen, sondern sie darf auch keine Schadenersatzforderung geltend machen wegen Nichterfüllung oder ungehöriger Erfüllung. Daraus folgt die principielle Verwerfung der hierauf gerichteten Klage.

---

119. *Unsittliche Leistung? Forderungen aus gewerbsmässiger Ehevermittlung sind nicht als unsittliche im Sinn des Art. 17 O. R. zu betrachten. Vergl. II N° 87.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 13. Mai 1885.

Motive: Der Ansicht, dass Verträge über Vermittlung von Heirathen nicht klagbar seien, kann hierorts nicht beigepflichtet werden. Schon früher hat das Obergericht erklärt, dass die Beihülfe eines Dritten zur Herbeiführung eines Eheabschlusses unter Ausbedingung eines Vermögenswerthes, so lange dabei nicht verwerfliche oder unsittliche Mittel zur Anwendung kommen, etwas mit den guten Sitten Unvereinbares nicht enthalte, und dass derartige Honorarforderungen wie jeder andere Anspruch des Rechtsschutzes geniessen sollen (s. Entscheid vom 30. April 1869).

---

120. *Responsabilité du propriétaire d'un animal. Art. 53 et 65 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal civil du district d'Aigle, du 31 mars 1886, dans la cause Pittet c. Morerod.

Le 22 octobre 1884 Isaline Marie Pittet était occupée à laver une lessive à une fontaine du village d'Yvorne. En voulant s'éloigner, elle se trouva prise entre le bassin de la fontaine et deux vaches appartenant à H. Morerod. Une troisième vache, arrivant à la fontaine, sauta sur l'une des deux premières. Isaline Pittet fut renversée, piétinée et reçut de graves lésions à la tête. Elle dut se rendre à l'Asile des aveugles à Lausanne, où elle suivit un traitement qui dura environ sept mois sans aboutir à une guérison complète.

Ensuite de ces faits, Isaline Pittet a actionné Morerod en paiement de 1500 fr. à titre de dommages et intérêts.

Le Tribunal a admis les conclusions de la demanderesse, en les réduisant toutefois à 700 fr. En outre, il lui a donné acte de la réserve faite par elle pour le cas où l'accident du 22 octobre 1884 aurait des conséquences dommageables plus graves que celles actuellement existantes.

Motifs: Considérant qu'en cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient en est responsable, à moins qu'elle justifie l'avoir gardé et surveillé avec le soin voulu (C. O. 65).

Que, pour détruire la présomption de responsabilité qui pèse sur lui, en vertu de cet article, le défendeur n'a pas établi qu'il ait pris des mesures propres à prévenir, du moins dans la mesure du possible, les accidents qui pouvaient résulter de la sortie de son bétail.

Que le fait de placer plusieurs têtes de bétail sous la conduite d'un enfant pour seul gardien et de les munir de sonnettes, quoique conforme à l'usage, ne constitue pas une précaution suffisante et ne présente de garantie ni au point de vue de la sécurité publique, ni même de la divagation du bétail, interdite par le Code rural.

Qu'ainsi, dans l'espèce, on ne peut pas admettre que le défendeur ait, selon le prescrit de la loi, gardé et surveillé son bétail avec le soin voulu.

Qu'il n'a pas été établi qu'il y ait une faute imputable à la partie lésée.

Qu'en cas de lésion corporelle, la personne lésée a droit au remboursement des frais et aux dommages et intérêts résultant d'une incapacité de travail totale ou partielle, et que, si elle a été mutilée ou défigurée d'une manière qui compromette son avenir, le juge peut aussi lui allouer une indemnité pour ce préjudice (C. O. 53).

---

121. *Diffamation. Le mari n'est pas civilement responsable des actes illicites de sa femme. Art. 61, 62 C. O.*

**Genève. Jugement du Tribunal civil du 15 août 1885 dans la cause Morana c. mariés Albrecht.**

Quant à dame Albrecht: attendu que le demandeur a rapporté la preuve à laquelle il s'était fait acheminer;

Qu'il résulte des dépositions des témoins entendus que dame Albrecht a tenu, à diverses personnes, des propos diffamatoires sur le compte du demandeur, disant que c'était un voleur, qu'il a subi des condamnations, qu'il était sous la surveillance de la police et qu'il allait être expulsé du canton;

Qu'elle a cherché à détourner la clientèle du demandeur;

Attendu qu'en agissant ainsi, la défenderesse a commis des actes illicites portant atteinte à la situation personnelle du demandeur, qu'elle lui a, sans droit et à dessein, causé un dommage dont elle lui doit réparation;

Attendu qu'en tenant compte des circonstances et de la gravité des faits reprochés à la défenderesse, le Tribunal a en mains les éléments suffisants pour arbitrer à 250 fr. et

aux dépens de l'instance l'indemnité à laquelle elle doit être condamnée vis-à-vis du demandeur.

Quant à Albrecht: attendu que les témoins entendus n'ont point établi qu'il ait tenu à l'égard du demandeur des propos injurieux ou diffamatoires, ni qu'il ait cherché à détourner les clients;

Attendu, dès lors, que n'ayant personnellement causé aucun préjudice au demandeur, il ne saurait être condamné à lui payer une indemnité;

Que, d'autre part, le mari n'est pas civilement responsable des délits ou quasi-délits commis par sa femme;

Qu'en effet, les art. 61 et 62 C. O., qui établissent la responsabilité civile de certains individus à raison des dommages causés par les personnes qui sont sous leur surveillance ou à leur service, ne font pas mention de la responsabilité du mari quant aux actes illicites ou dommageables de sa femme;

Que cette responsabilité, constituant une exception à la règle commune, une aggravation dans la situation de certains individus, ne peut être étendue et imposée par analogie à d'autres personnes que celles énumérées auxdits articles;

Que le silence du législateur au sujet du mari vis-à-vis de sa femme est, du reste, justifié par le fait que cette dernière ne se trouve pas, à l'égard de son époux, dans l'état de subordination, de tutelle, dans lequel se trouvent les enfants vis-à-vis du père, du maître, et les employés et ouvriers vis-à-vis du patron;

Que, dès lors, Albrecht doit être mis hors de cause, les dépens laissés à la charge du demandeur.

---

**122.** *Compensation. Art. 131 C. O.*

**Fribourg.** Jugement incident du Tribunal cantonal du 4 février 1886 dans la cause Stöcklin c. Plagnol.

Motifs: Considérant .... que la compensation est un mode de paiement, d'extinction d'une obligation lequel est régi actuellement par le Code fédéral des obligations;

Que d'après l'art. 131 de ce code, si deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres choses fongibles de même espèce, chacune d'elle peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont échues, que le débiteur peut opposer la compensation même lorsque la dette est contestée;

Que si la loi accorde au débiteur d'une dette, même illiquide, le bénéfice de la faire valoir à l'encontre de la ré-

clamation du créancier, il est évident que ce débiteur doit avoir le droit de justifier cette contre-prétention;

Qu'à la verité le jugement du Tribunal cantonal du 13 novembre rappelle le principe posé par les tribunaux fribourgeois d'après lequel, en matière de poursuite, le débiteur ne peut opposer la compensation à une créance constatée par titre paré et exécutoire;

Que ce principe, vrai sous l'empire de l'ancien droit, soit du Code civil fribourgeois, qui n'admettait la compensation que lorsque la créance était liquide (1329 Code civil), ne saurait être admis encore, en présence de l'art. 131 C. O. qui a modifié les dispositions du Code civil en matière de compensation; que c'est dès lors ce dernier article qui doit servir de règle dans tous les cas où il s'agit de savoir si la compensation peut être opposée, même en matière de poursuite;

Qu'admettre le contraire, ce serait restreindre la portée de l'art. 131 C. O., ce serait consacrer le principe qu'en matière de poursuite les règles fixées par le droit fédéral concernant la compensation ne sont pas applicables;

Que la preuve demandée par les défendeurs Stœcklin à l'appui de la compensation invoquée ne peut donc être refusée.

---

123. *Compensation opposée à une poursuite pratiquée en vertu d'un jugement exécutoire. Inadmissibilité. Art. 131 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 10 août 1886 dans la cause Botelli c. Schönenweid.

Par exploit du 4 mai 1886, Pierre Botelli, à Montreux, a pratiqué une saisie au préjudice de Joseph Schönenweid, au dit lieu, pour parvenir au paiement de 1554 fr. 10 cent., dus en vertu d'un jugement définitif et exécutoire.

Par exploit du 1er juin 1886, Schönenweid a opposé à cette saisie par le motif que la dette réclamée serait éteinte par compensation. Schönenweid prétend en effet que Botelli, lequel a construit une maison pour lui, lui doit une somme de 8000 fr. à titre d'indemnité pour la moins-value résultant des mal-façons, vices de construction et travaux non exécutés, et cette réclamation fait l'objet d'un procès actuellement pendant devant le Tribunal du District de Vevey.

Botelli a recouru au Tribunal cantonal contre le sceau de cet exploit d'opposition, en se fondant sur les prescriptions du Code de procédure civile vaudois, qui dispose, à ses art. 412 et 529, que si l'exécution ou la saisie ont lieu en vertu d'un jugement exécutoire, il ne peut être opposé sur le

fond à moins que l'opposition ne soit appuyée d'un titre postérieur au jugement, constatant l'exécution totale ou partielle.

Le Tribunal cantonal a admis le recours et déclaré l'opposition irrecevable.

Motifs: Considérant que, pour opposer à la saisie de Botelli, Schönenweid se borne à alléguer la compensation qui résulterait d'un procès pendant entre lui, d'une part, et Botelli et Maillard, d'autre part.

Qu'aux termes de l'art. 131 C. O., la compensation ne peut s'opérer que lorsque les deux dettes sont échues.

Que tel n'est pas le cas dans l'espèce, la créance de Schönenweid ne constituant actuellement qu'une simple prétention résultant des conclusions qu'il a prises contre Botelli dans le procès en question.

Que, dès lors, le juge de paix aurait dû refuser son sceau à l'opposition de Schönenweid.

---

124. *Constitution de gage sur une créance non transmissible par endossement. Art. 215 C. O. Prétendu droit de rétention; défaut de connexité. Art. 224 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 1er mars 1886 dans la cause Penard c. Honegger, Wirth et autres.

Honegger a remis à Wirth, le 1er décembre 1879, en garantie d'un prêt de 1000 fr., une police de la Société d'assurance sur la vie des fonctionnaires et employés fédéraux au montant de 2000 fr.; ce fait est constaté par une pièce signée d'Honegger. Le 1er février 1881, Honegger a reçu de Wirth un nouveau prêt de 700 fr.; rien ne constate que ce second prêt soit garanti par la remise de la police.

Penard, créancier d'Honegger, a saisi-arrêté, au préjudice des héritiers de ce dernier et en mains de Ferrin, représentant de la Société d'assurance des fonctionnaires fédéraux, le montant de la somme portée dans la police souscrite par Honegger.

Ferrin s'est déclaré prêt à payer la somme de 2000 fr. en mains de qui justice ordonnerait, contre restitution du titre constatant la créance d'Honegger.

Une série d'interventions se sont produites en cours d'instance, entre autres celle de Wirth, détenteur de la police.

Ce dernier, prétendant être cessionnaire de la créance de feu Honegger ou, tout au moins, avoir sur le titre qui la constate, soit un droit de gage, soit un droit de rétention, demande à être colloqué par privilège et de préférence à tous

les autres créanciers sur le montant de la somme dont le tiers saisi se reconnaît débiteur.

Les questions soumises à l'examen de la Cour sont donc les suivantes:

1. Wirth est-il cessionnaire de la police d'assurance souscrite par Honegger?

2. Wirth a-t-il un droit de gage sur cette police?

3. A défaut de droit de gage, a-t-il un droit de rétention?

I. Considérant que les termes mêmes dans lesquels est conçue la pièce produite par Wirth contredisent sa prétention d'être considéré comme cessionnaire de la police; que cette pièce mentionne, de la manière la plus explicite, que la police a été remise par Honegger à titre de garantie; que Wirth n'est pas, en conséquence, fondé à se prétendre cessionnaire de ladite police.

II. Considérant qu'aux termes de l'art. 215 C. O., le gage qui a pour objet une créance non transmissible par endossement n'est valablement constitué que lorsque l'engagement est constaté par écrit, que le titre de la créance a été remis au créancier gagiste, et enfin que le débiteur de la créance engagée a été avisé de la mise en gage;

Considérant que s'il est constant que les deux premières de ces exigences ont été régulièrement remplies, il est constant, d'autre part, que le débiteur de la créance engagée n'a jamais reçu aucun avis de la mise en gage de la police souscrite par Honegger;

Qu'on ne saurait, en conséquence, et tout au moins au regard des tiers, considérer le gage comme valablement constitué à leur égard.

III. Considérant que, pour pouvoir invoquer un droit de rétention sur le titre déposé en ses mains par Honegger, Wirth doit, aux termes de l'art. 224 C. O., établir qu'il y a connexité entre sa créance et la chose retenue;

Que les parties n'étant pas commerçantes, cette connexité ne peut résulter simplement de leurs relations d'affaires;

Considérant que la connexité résulte d'un rapport étroit et naturel entre le fait de la présence de l'objet retenu en mains du détenteur et la cause de la créance en vertu de laquelle il prétend opérer la rétention;

Que le rapport qui existe en l'espèce, entre la présence de la police en mains de Wirth et le prêt consenti par lui à Honegger, ne résulte pas de la nature des choses, mais d'un contrat;

Considérant que de la solution donnée à la question n° 2

il résulte que ce contrat est nul au regard des tiers, faute par les parties d'avoir accompli certaines formalités essentielles;

Que Wirth ne saurait, en conséquence, se baser sur ce contrat pour user d'un droit de rétention sur la police retenue par lui;

Qu'en décider autrement serait admettre que le législateur fédéral, en édictant les dispositions relatives au droit de rétention, a voulu rendre illusoires les garanties qu'il venait de donner aux tiers en matière de gages consentis par leurs débiteurs;

Qu'une semblable contradiction ne peut être supposée;

Considérant, en conséquence, que de la solution donnée aux trois questions ci-dessus, il y a lieu d'admettre que Wirth, n'étant pas cessionnaire de la police d'assurance et ne possédant sur le titre du contrat ni droit de gage, ni droit de rétention opposable aux tiers, ne saurait prétendre, vis-à-vis des autres créanciers d'Honegger, à aucune préférence sur la somme saisie en mains de Ferrin.

P. c. m., la Cour réforme le jugement du Tribunal civil du 8 septembre 1885 et, statuant à nouveau, valide la saisie-arrêt.

---

125. *Verpfändung von indossablen Papieren und Verpfändung einer Forderung. Art. 214, 215 O. R. Einrede des Zwangs Art. 27 O. R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 22. Mai 1885.

Unterm 23. Mai 1883 cedirte Posthalter Adolf A. dem Geschäftsbureau G. u. St. eine Reihe von Forderungsausständen im Gesammtbetrage von Fr. 2334. 95, unter Zusicherung der Nachwährschaft und mit der Erklärung, dafür „ausgewiesen und bezahlt" zu sein. Wenige Tage nachher wurde der Cedent A. landesflüchtig. Im Verein mit zwei andern Gläubigern desselben thaten die Kläger strafrechtliche Schritte gegen den Flüchtigen, worauf durch Vermittlung der hiesigen Polizeidirektion und des Konsulats in Hâvre es gelang, ihn daselbst zu verhaften. Nachdem das Konsulat in Hâvre von dieser Verhaftung an die hiesige Polizeidirektion Kenntniss gegeben hatte mit der Bemerkung, dass A. als Garantie Fr. 3000 zu deponiren anerbiete, liess die Polizeidirektion am 30. Mai 1883 an das Konsulat folgende Depesche abgehen: „Wenn Posthalter A. Fr. 3500 zu Handen dreier hiesiger Kreditoren deponirt, kann er freigelassen werden." Diese Depesche wurde nach vorher stattgefundener Besprechung mit der Klägerschaft auf der Polizeidirektion abgeschickt.

Hierauf meldete das Konsulat an die Polizeidirektion, dass man dem A. eine Tratte von 566 Dollar abgenommen, die ihm A. Z. in Basel auf sein Haus in X. gegen Zahlung von Fr. 3000 ausgestellt. Die Tratte war von A. an die Ordre der Polizeidirektion indossirt und dem Schreiben beigelegt worden. Zur Deckung der weitern Fr. 500 hatte sich der Konsul durch A. zwei Postempfangscheine von zusammen Fr. 525 geben lassen, die er am 26. Mai 1883 auf der Post in Basel gegen Postanweisungen auf L. R. bezahlt hatte, man habe dabei den A. einen Brief an den Postmeister von R. schreiben lassen, worin dieser gebeten wird, die Fr. 525 an das Postbureau in Basel an die Ordre der Polizeidirektion zu übermachen. Daraufhin wurde A. freigelassen und verreiste derselbe nach Amerika. In der Folge gingen bei der Polizeidirektion ein:

Für den Wechsel von Z. nach Abzug einiger Spesen Fr. 2866. 50, vom Postamt in R. durch die Postkasse in Basel Fr. 525, zusammen Fr. 3391. 50, wovon die Direktion für gehabte Auslagen Fr. 81. 50 in Abzug brachte, während sie den Saldo mit Fr. 3310 am 25. Juli 1883 bei der Spar- und Leihkasse deponirte bis zum Entscheide der zuständigen Behörde, an wen derselbe auszuhändigen sei.

Am 1. Juni 1883 war inzwischen in Triengen über Adolf A. die Aufrechnung gezogen worden und fand am 28. Juli 1883 die Konkursabhaltung statt. Hiebei wahrte sich das G.-Bureau G. u. St. die Nachwährschaftsansprüche auf die ihm abgetretenen Forderungen, soweit dieselben nicht eingehen werden, und verlangte unter Darlegung des Sachverhaltes die Befriedigung dieser ihrer Ansprüche aus dem deponirten Guthaben. Die Reklamation dieses Guthabens wurde von Christof G. Namens mehrerer Kreditoren des Konkursiten bestritten und dasselbe in die Masse verlangt. In der Klage, welche in Folge dieser Bestreitung vom Geschäftsbureau G. u. St. gestellt wurde, wird namentlich geltend gemacht, Schuldner A. habe die Werthpapiere, von welchen das Depositum herrühre, nur zu Gunsten der Kläger gemacht, dieselben müssen als rechtliche Besitzer des Guthabens behandelt werden, da die Behörden bloss als ihre Stellvertreter gehandelt haben. Uebrigens sei die Deposition unzweifelhaft aus dem Gelde gemacht worden, welches A. betrüglich von den Klägern erhoben habe; es liege sonach ein Fall der Restitution vor.

In der Rechtsantwort werden von den Beklagten die klägerischen Ansprüche und deren Begründung bestritten.

Obergerichtlich wurde erkannt:

Kläger seien mit ihrer Reklamation auf das vom Konkursiten Adolf A. beim Konsulat in Hâvre gemachte, und bei der Spar- und Leihkasse des Kantons Luzern liegende Depositum im restanzlichen Betrage von Fr. 3310 für den Betrag von Fr. 2806. 50 im Sinne ihrer Eingabe beschützt, mit den weitergehenden Ansprüchen dagegen abgewiesen.

Motive: 1. Die Deposition der Werthpapiere durch Adolf A., worauf die klägerischen Ansprüche auf das streitige Guthaben sich gründen, hat ausser Landes, in Hâvre, stattgefunden. Es könnte sich daher in erster Linie fragen, welches Recht im vorliegenden Falle zur Anwendung zu kommen habe. Diese Frage findet sich indessen sofort in Hinsicht auf den Umstand erledigt, dass keine der beiden Parteien sich auf ausländisches Recht unter Nachweisung seines Inhaltes im Prozesse berufen hat; es ist also unzweifelhaft, dass der Fall nach demjenigen Rechte beurtheilt werden müsse, welches hierorts im kritischen Zeitpunkt (Mai 1883) in Geltung stund, also nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht.

2. Fragt es sich, als was das Rechtsgeschäft zu qualifiziren sei, welches mit jener Deposition in Hâvre begründet werden wollte, so ist vorab die Annahme ausgeschlossen, dass der Deponent damit eine Zahlung, oder eine Hingabe an Zahlungsstatt, also die Uebergabe des deponirten Guthabens zum Eigenthum, zu bewerkstelligen beabsichtigt habe. Denn in dem Augenblicke, wo die Deposition verlangt und geleistet wurde, war die Forderungsberechtigung der Klägerschaft noch in keiner Weise ausgemittelt; auf der andern Seite scheint Adolf A. selbst nicht vollständig klar gewesen zu sein, wer die ihn verfolgenden Kreditoren seien, so dass also zum vorneherein bei ihm die Absicht nicht obgewaltet haben kann, mit der Deposition eine ihm unbekannte Gegenforderung zu tilgen. Dagegen ist der beiderseitige Parteiwille an Hand des oben dargestellten Herganges der Sache dahin festzustellen, dass man mit dem verlangten Depositum die Sicherstellung der Ansprache bezweckte, welche den Klägern an Adolf A. zustehen solle. Diese Absicht muss mindestens vorab auf Seite der Klägerschaft als vorhanden angesehen werden; und der Ausdruck, welchen dieser Parteiwille durch das Organ der Polizeidirektion in deren Depesche an das Konsulat in Hâvre erhalten hat, war jedenfalls insofern zutreffend, und musste für den andern Theil, Adolf A., verständlich sein, als in der Sprache des praktischen Lebens der Ausdruck „deponiren“ sehr häufig in der Bedeutung einer Sicherstellung, Pfandgabe, gebraucht wird. Auf die Offerte der Polizeidirektion ist so-

dann Adolf A. seinerseits thatsächlich eingetreten, indem er die verlangte Summe dem daherigen Begehren gemäss zu Handen der betreffenden Kreditoren deponirt hat. Dass dabei A. nicht gewusst haben mag, wer diese Kreditoren seien, kann an der Natur und Gültigkeit des Rechtsgeschäftes in entscheidender Weise nichts ändern; um einen Irrthum in der Person der Gegenkontrahenten handelte es sich hier nicht, denn der Wille des A. ging dahin, zu Gunsten der ihn verfolgenden Kreditoren zu deponiren, wer immer diese sein mögen; das aber war dann objectiv ohne Weiteres festzustellen, bezw. bereits festgestellt.

3. Ist nun im Weitern zu untersuchen, ob der Hergang, wie er sich thatsächlich vollzogen hat, geeignet sei, den formellen gesetzlichen Vorschriften über die Pfandbestellung zu genügen, so sind die beiden Valoren, mittelst deren dieselbe erfolgt ist, auf der einen Seite der Wechsel auf das Haus Z. und auf der andern Seite die beiden Postanweisungen auf L. K., auseinander zu halten.

*a)* In ersterer Richtung handelte es sich unzweifelhaft um ein indossables Papier, zu dessen Verpfändung gemäss § 214 des schweiz. O. R. die Uebergabe des indossirten Papieres an den Faustpfandgläubiger erforderlich ist. Dieser Vorschrift wurde vorliegend nachgelebt, indem das Papier an Ordre der Polizeidirektion indossirt und dieser auch übermacht wurde. Die Polizeidirektion handelte aber in der hier in Frage stehenden Richtung überall lediglich als Vertreter der Kläger und Konsorten und haben daher mit der Besitzergreifung seitens jener Direktion ohne Anderes auch diese durch Stellvertretung den Besitz an den Papieren erworben. Es liegt daher hier eine gesetzlich gültige Verpfändung vor.

*b)* Anders verhält es sich mit den zwei Anweisungen auf die Post in L. Ueber die nähere Beschaffenheit dieser Anweisungen geben zwar die vorliegenden Akten keinen weitern Aufschluss. Immerhin wird es nicht angehen, dieselben als indossable Papiere unter den cit. Art. 214 zu reihen, sondern muss das Rechtsgeschäft in dieser Hinsicht aus dem Gesichtspunkte der Verpfändung einer gewöhnlichen Forderung nach Art. 215 beurtheilt werden. Hiebei wird vorab die Benachrichtigung des Schuldners, sodann die Uebergabe eines allfälligen Schuldscheines und endlich die schriftliche Beurkundung der Verpfändung erfordert. Scheint sich nun auch die Uebergabe der Urkunde an den Konsul W. gegebenen Falls voll-

zogen zu haben, und möchte sogar in dem Briefe, welchen dieser Beamte den Adolf A. an den Postmeister in L. zu schreiben veranlasst haben will, auch die weitere erforderliche Benachrichtigung des Schuldners gefunden werden, so fehlt dagegen vollständig das ebenso nöthige Requisit der schriftlichen Beurkundung der geschehenen Verpfändung; es wird nicht behauptet und ist auch in keiner Weise ersichtlich, dass eine solche schriftliche Urkunde bei dem Vorgang in Hâvre errichtet worden sei. Es sind daher die klägerischen Ansprüche in dieser Richtung aus angeführtem Grunde ohne Weiteres abzuweisen.

4. Wenn die Beklagten sowie die erse Instanz geltend machen, es sei eventuell Adolf A. zur fraglichen Verpfändung im kritischen Zeitpunkte nicht mehr befugt gewesen, so könnte dieser Einwand einen gesetzlichen Haltpunkt zunächst nur in den Bestimmungen des § 35 des Schuldbetreibungsgesetzes finden. Allein hiernach hört das Verfügungsrecht des Schuldners erst in dem Momente auf, wo ihm die Aufrechnung gemacht wird, während vorliegend die Aufrechnung über A. erst nach dem Vorgange in Hâvre (30. Mai) am 1. Juni 1883 gezogen wurde.

Allerdings möchte sich anschliessend hieran fragen, ob nicht das Rechtsgeschäft aus dem Gesichtspunkte hätte rescindirt werden können, dass A. damit im Bewusstsein seiner Insolvenz einzelne Gläubiger zum Nachtheil der übrigen begünstigt habe — actio resp. exceptio pauliana. Allein dieser Gesichtspunkt ist von den Beklagten nicht aufgegriffen worden; es ist aber unzweifelhaft, dass dies hätte geschehen, also insbesondere durch die hiefür relevanten Thatmomente, so speziell vorliegend die conscientia fraudis auf Seite der Klägerschaft, hätte erheblich gemacht werden müssen.

5. In gleicher Weise verhält es sich mit der weitern immerhin naheliegenden Erwägung, ob nicht das Rechtsgeschäft mit Erfolg aus dem Grunde angefochten werden könnte, dass der eine Kontrahent, Adolf A., dabei nicht mit der nöthigen Freiheit des Willens gehandelt habe. Auch dieser Gesichtspunkt ist vom Beklagten nicht erheblich gemacht worden. Indessen ist darauf hinzuweisen, dass nach Art. 27 des schweiz. O. R., Satz. 2, die Furcht vor der Geltendmachung eines Rechts, — und nur aus diesem Gesichtspunkte könnte wohl hier eine allfällig unstatthafte Beeinflussung in Frage kommen, — bloss dann berücksichtigt wird, wenn die „bedenkliche Lage“ des Bedrohten zur Einräumung übermässiger

Vortheile missbraucht worden ist. Diese Voraussetzung trifft aber naturgemäss da nicht zu, wo der Gläubiger bloss die Leistung oder wie vorliegend die Sicherstellung desjenigen verlangt hat, was ihm von Rechtes wegen zu fordern zusteht, vgl. hierüber die Kommentare von Bluntschli und Ullmer zu dem mit cit. Art. 27 des schweiz. O. R. inhaltlich übereinstimmenden § 249 des Privatrechtes des Kts. Zürich. Ueberhin dürften über die formelle Zulässigkeit dieser Einrede ab Seite der Beklagtschaft in Hinsicht auf Art. 28 des schweiz. O. R. Bedenken walten.

Nach Massgabe der daherigen Erörterungen sind daher Kläger mit ihren Ansprüchen auf das streitige Guthaben zu beschützen für den Betrag von Fr. 2866. 50, welche von der Tratte Z. der Polizeidirektion eingegangen, hievon ab eine entsprechende Rate der von der Polizeidirektion erwähnten Spesen, bleiben Fr. 2806. 50.

---

126. *Kauf. Begründet die Uebergabe der beweglichen Kaufsobjekte vom Verkäufer an den Käufer eine Rechtsvermuthung für die Bezahlung des Kaufpreises? Art. 230 O. R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 11. April 1885 i. S. J. M. c. J. B.

Jos. M. klagt als Verkäufer einer Kuh gegen Irenä B. als Käufer derselben den Kaufpreis von Fr. 264 nebst Zins ein. Der Beklagte erhebt der Klage gegenüber u. A. die Einrede der Zahlung, indem er in erster Linie behauptet, dass für diese Zahlung im Hinblick auf Art. 230 des schweiz. O. R., unter dessen Herrschaft der Handel zu Stande gekommen sei, die Rechtsvermuthung spreche, dass das Kaufsobjekt von dem Verkäufer dem Käufer übergeben worden, und eventuell geltend macht, dass nach der Aktenlage der Beweis der fraglichen Zahlung vollständig erstellt sei. Obergerichtlich wurde die klägerische Forderung gutgesprochen.

Motive: Es hat in thatsächlicher Hinsicht als feststehend zu gelten, dass das Kaufsobjekt dem Käufer vom Verkäufer zu Handen gestellt worden ist. Wenn nun der Beklagte unter Berufung auf Art 230 des schweiz. O. R., unter dessen Herrschaft der Handel zu Stande gekommen, aus der Thatsache der Besitzesübertragung eine Rechtsvermuthung für die erfolgte Zahlung des Kaufpreises zu seinen Gunsten ableiten will, so kann diese Stellungnahme nicht zugelassen werden. Der Art. 230 cit. bestimmt lediglich, dass im Zweifelsfalle Verkäufer und Käufer verpflichtet sein sollen, ihre Leistung gleichzeitig Zug um Zug zu erfüllen; er lässt also im Zweifels-

falle Baarkauf und nicht Kreditkauf annehmen. Damit ist aber doch zunächst nur gesagt, dass im Zweifelsfalle der Käufer verpflichtet sein solle, sofort mit der erfolgten Uebergabe der Sache auch den Preis zu bezahlen, während hiedurch eine weitergehende Rechtsvermuthung, dass mit der erfolgten Uebergabe der Sache der Preis auch wirklich bezahlt worden sei, an und für sich in keiner Weise begründet wird. In dieser Auffassung der angerufenen Gesetzesstelle wird man durch gewichtige äussere Gründe bestärkt. Das deutsche Handelsgesetzbuch, welchem gerade in dieser Materie unzweifelhaft eine hohe Bedeutung als Interpretationsmittel für das schweiz. O. R. zukommt, enthält eine gleiche Bestimmung im Art. 342, wie der cit. Art. 230, während auch nach dem deutschen H. G. B. die statuirte Rechtsvermuthung lediglich von der Natur des Kaufgeschäftes als Baarkauf, nicht aber auch von der Thatsache der erfolgten Zahlung im Falle stattgehabter Uebergabe der Sache verstanden wird. (Hahn, Commentar B. II S. 262 u. folg.) Auch das bisher bestandene privatrechtliche Gesetzbuch des Kantons Zürich stellt in den §§ 1427 u. folg. eine Rechtsvermuthung im angegebenen Sinne nicht auf, während allerdings in §§ 1428 ausgesprochen wird, dass beim Baarkauf der Kaufpreis mit der Hingabe der Waare Zug um Zug erfolgen soll. Während nun freilich die zürcherische Gerichtspraxis auf Grundlage dieser Bestimmung für besondere Fälle und so auch beim Viehhandel angenommen zu haben scheint, dass bei erfolgter Uebergabe des Thieres an den Käufer im Allgemeinen zu vermuthen sei, es sei auch der Kaufpreis bezahlt worden, wurde in andern Fällen die Inanspruchnahme einer allgemeinen, eigentlichen Rechtsvermuthung ausdrücklich unzulässig erklärt. (Commentar v. Ullmer zum cit. Gesetze, St. 248.) Ob nun im angegebenen Sinne auch auf Grund des Art. 230 des O. R. eine gemeine Vermuthung (præsumtio hominis) im Falle des Baarkaufes und bei erfolgter Uebergabe der Sache für die Thatsache der Zahlung des Kaufpreises in Anspruch genommen werden dürfe, darüber lässt sich streiten und wird das zumal für besondere Fälle, wie z. B. für Käufe auf offenen Märkten jedenfalls nicht von vorneherein in Abrede gestellt werden dürfen. Dagegen ist der Anschauung entgegenzutreten, dass auf Grund dieser Gesetzesstelle eine Rechtsvermuthung bestehe, kraft welcher der Käufer überall von der Beweislast für die erfolgte Zahlung enthoben und der auf Bezahlung des Preises klagende Verkäufer auf den Weg des Gegenbeweises verwiesen wäre. Ist sonach der Beklagte grundsätzlich aller-

dings pflichtig, die von ihm vorgeschützte Behauptung der Zahlung zu erweisen, so hält dagegen der Richter diese Behauptung vorliegend in umsichtiger Würdigung aller prozedürlichen Momente als zureichend erstellt. (Obergericht, 11. April, Nr. 1.)

---

12. *Kauf. Verwirkung der Reclamation wegen Mängel der Waare? Ablieferung „in transito". O. R. Art. 246, Abs. 1.*

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichtes vom 25. Juni 1886, i. S. Müller c. Buff, Hinden u. Mettler.

B., H. und M. kauften bei M. in München Tapetenpapier, mit der Vereinbarung, die Waare sei zu liefern „in transito" an Spediteur W. in Basel. Am 15. Dezember 1885 langte dieselbe in einem durchgehenden plombirten Wagen in Basel an und wurde von dem Spediteur, an den sie adressirt war, sofort weiter an die Abnehmer von B., H. und M. in Epinal (Frankreich) versandt. Die Ankunft daselbst erfolgte am 20. Dezember und am 29. gl. Mts. zeigten B., H. und M. dem M. an, ihre Abnehmer stellen ihnen das Papier zur Verfügung wegen verschiedener näher bezeichneten Mängel.

Das Handelsgericht hatte zu beurtheilen, ob diese Reclamation rechtzeitig erfolgt sei; dies wurde verneint.

Motive: Eine Verwirkung der Reclamation wegen der behaupteten Mängel liegt vor, sofern die Anzeige der Käufer an M. nicht sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich war, erfolgte (Art. 246 Abs. 1 O. R.), da es sich um Mängel handelte, welche bei der übungsgemässen Untersuchung erkennbar waren (Art. 246 Abs. 2). Die Reclamation erfolgte innert 9 Tagen nach Ankunft der Waare in Epinal. Letztere Frist darf an sich als die für Anzeige der Mängel thunliche betrachtet werden. Entscheidend ist daher, ob B., H. und M. befugt gewesen seien, Epinal als den Ort zu betrachten, an welchem sie die Waare hinsichtlich ihrer Vertragsgemässheit, sofern sie bezügliche Mängel zum Gegenstand von Reclamationen machen wollten, zu untersuchen hatten. Beim Mangel anderweitiger Verabredungen wird davon auszugehen sein, dass der Käufer, sofern er die Waare, um sich über deren Annahme schlüssig zu machen, vorerst untersuchen will, die Prüfung mit der nach dem üblichen Geschäftsgang thunlichen Beförderung vornehmen muss, sobald ihm die Waare vom Verkäufer abgeliefert wird; denn damit ist die Verpflichtung des Letztern zunächst erfüllt. Als Ablieferungsort war nun hier laut der Bestellkarte

Basel verabredet, und hieran wird nichts geändert durch den Zusatz, dass die Sendung dorthin „transito“ an die Adresse des Speditionshauses W. zu geschehen habe. Mit jenem Ausdruck war, wie gerichtsnotorisch ist, nur angezeigt, dass die Sendung nicht etwa an der Schweizergrenze den Eingangszoll zu bezahlen habe, sondern erst in Basel der zollamtlichen Behandlung für die Schweiz zu unterwerfen sei und zwar mit Rücksicht darauf, dass diese eine verschiedene sein werde, je nachdem die Waare in der Schweiz abgegeben oder in dieses oder jenes dritte Land weitergeführt werde, womit auch die Plombirung des Wagens in Verbindung steht. Jener Zusatz theilte demnach dem Kläger nichts weiteres mit, als dass noch keine Entscheidung darüber bekannt gegeben werde, wie der Basler Spediteur mit der Waare zu verfahren habe. Es wäre zu weit gegangen, darin auch nur die Mittheilung zu erblicken, dass diese nicht in Basel bleiben werde, oder dass in dieser Hinsicht noch nicht verfügt sei; und gerade die Umstände des vorliegenden Falles zeigen, dass jene Disposition höchst wahrscheinlich nur zum Ziele hatte, dem M. den Bestimmungsort der Waare zu verheimlichen, wohl in der Absicht, den den Zwecken der Käufer zuwiderlaufenden directen Verkehr des Produzenten mit dem Konsumenten zu verhindern. Auf Grund der Bestellung war daher Basel als der Ablieferungsort zu betrachten, und es konnte M. im Spediteur von B., H. und M. deren Stellvertreter für die Uebergabe des Gutes erblicken, so dass mit dieser die Tradition vollzogen war. Hiernach stellt sich Basel als der Ablieferungs- und Untersuchungsort dar. Um die Rechtsstellung der Parteien in der Frage, wo der Käufer die Untersuchung der Waare vorzunehmen habe, in einer vom Vertragsabschluss abweichenden Weise zu gestalten, genügt es offenbar nicht, am einseitigen Willen oder Interesse des einen Kontrahenten, sondern ist die Zustimmung beider erforderlich. Das blosse Wissen des Verkäufers, dass die Waare nach Frankreich bestimmt gewesen, wäre also unzweifelhaft nicht ausreichend, übrigens ist solches nicht einmal festgestellt. B., H. und M. hatten allerdings ein erhebliches Interesse daran, dass die Untersuchung erst in Epinal vorgenommen werden müsse, weil die dort jedenfalls erfolgende Prüfung durch ihre Abnehmer für sie von durchschlagender Bedeutung war, es ist auch wahrscheinlich, dass sie der Meinung waren, auf letztere Prüfung auch dem Kläger gegenüber abstellen zu dürfen; allein es fehlt eben an genügenden Momenten dafür, dass dieser letztere sich hierauf

eingelassen habe. Um sich dies zu sichern, hätte demselben wohl mindestens der Bestimmungsort genau mitgetheilt werden müssen, da jedenfalls nicht daran zu denken ist, dass M. sich überhaupt jeden B., H. und M. beliebigen, auch unter Umständen langwierigen Weitertransport hätte gefallen lassen. Schon die Verheimlichung des Bestimmungsortes schliesst jene Annahme aus, gegen eine solche sprechen zudem sowohl die Anzeige einer kurzen Reclamationsfrist in der Factur, als auch die Seitens der Käufer erfolgte Bitte um grössere Ausfallsmuster, indem letzteres annehmen liess, dass die Prüfung auf Grund der letztern erfolgen werde.

---

128. *Vente. Marchandise non conforme à la commande. Refus d'acceptation Art. 260 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 10 août 1886 dans la cause Bignoni c. Buob.

Par lettre du 1er mars 1886, Vincent Bignoni, négociant à Ouchy, a commandé à Paul Buob, à Florence, 3000 étiquettes pour vin de Chianti. Dans cette lettre, il demandait expressément que les étiquettes portassent la mention: „Bugnon, Firenze."

Buob a exécuté la commande, mais les étiquettes expédiées à Bignoni portaient les mots: „Casa Bugnon, Firenze" au lieu de: „Bugnon, Firenze".

Vu cette différence, Bignoni a refusé de prendre livraison des étiquettes et Buob lui a ouvert action en paiement de leur valeur par 20 fr.

Le Juge de paix du Cercle de Lausanne a admis les conclusions de Buob, en se fondant sur ce que Bignoni ne peut éprouver un préjudice par le fait de la modification indiquée ci-dessus.

Ensuite de recours de Bignoni, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'il est constant que l'étiquette litigieuse n'est pas conforme à la commande du 1er mars.

Que l'acheteur n'est tenu de payer le prix et d'accepter la chose vendue que si elle lui est offerte dans les conditions convenues, ce qui n'est point le cas dans l'espèce.

Qu'il importe peu que l'étiquette soit utilisable dans sa forme actuelle sur la place de Lausanne, et qu'il suffit qu'elle ne soit pas conforme à la commande pour que Bignoni soit autorisé à refuser d'en prendre livraison.

Vu l'art. 260 C. O.

---

129. *Kaufverträge über Liegenschaften. Gesetzliche Form. Art. 12 u. 231 O. R.*

**Nidwalden.** Urtheile des Kantonsgerichtes und des Obergerichtes vom 15. Mai und 17. Juni 1886.

Am 3. August 1885 verkaufte L. B. an F. B. sein Landgut Bruni mit Pension und übrigen Gebäuden um das darauf haftende Capital. Der Text des Vertrages ist vom Käufer selbst geschrieben. Als Unparteiischer unterzeichnete F. N. Der Vertrag trägt keine Unterschrift der Contrahenten. — In beiden Instanzen wurde dieser Kaufvertrag als ungültig erklärt.

Motive: Nach Art. 231 O. R. gilt für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht. Nach herwärtigem Gesetz Fol. 683 und 684 müssen Verträge um liegende Güter entweder durch die Kanzlei oder durch unverwerfliche Zeugen bei Nichtigkeit derselben verschrieben werden. Gemäss Art. 12 O. R. muss ein Vertrag, für welchen die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschrift aller Parteien tragen, welche durch denselben verpflichtet werden sollen. Zufolge § 2 der Einführungsverordnung des Landrathes zum O. R. vom 22. November 1882 bedarf es zur Gültigkeit von Verträgen um unbewegliche Güter vom 1. Januar 1883 an nicht nur der Verschreibung durch die Kanzlei oder durch einen unverwerflichen Zeugen gemäss dem Landesgesetz, sondern es müssen die Verträge die Unterschriften aller jener Personen tragen, welche durch dieselben verpflichtet werden. Nach kantonalem Recht ist also für Verträge um liegende Güter die schriftliche Abfassung Gesetz. Die landräthliche Verordnung von 1882 ist ein Ausfluss des Art. 12 O. R., und eine nothwendige Folge desselben; sie hebt unser Landesgesetz nicht auf, sondern ergänzt bloss dasselbe.

---

130. *Retentionsrecht des Vermiethers an Sachen, die nicht dem Miether gehören, nach empfangener Kenntniss vom Eigenthum des Dritten. Art. 294 O. R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 3. Juli 1886 i. S. Spörri c. Schaub.

In Bestätigung des schon früher ausgesprochenen Grundsatzes (siehe Revue IV. Nr. 58), dass Art. 294 dem Vermiether das Retentionsrecht an fremden Sachen nur für den Miethzins bis zu demjenigen Zeitpunkt gewähre, auf welchen er nach empfangener Kenntniss vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses laut Vertrag oder Gesetz herbeizuführen in der Lage ist, wurde ausgeführt:

Es liegen keine genügenden Gründe vor, um von der in jener frühern Entscheidung ausgesprochenen Rechtsanschauung abzugehen, zwar weist der Wortlaut des Art. 294 darauf hin, das Gesetz habe bei der Vorschrift, dass das Retentionsrecht des Vermiethers sich auch auf Sachen dritter Personen erstrecke, sofern er nicht gewusst oder habe wissen müssen, dass diese nicht dem Miether gehören, den Beginn der Miethe im Auge gehabt, den Zeitpunkt, zu welchem die Sachen vom Miether in die Miethräume eingebracht worden sind und mit welchem auch das Retentionsrecht als persönlicher Anspruch auf Deckung entstanden ist. Allein die Gründe, welche die Geltung dieser Vorschrift für den Anfang der Miethe rechtfertigen, treffen auch zu, wenn der Vermiether im Laufe der Miethezeit Gelegenheit hat, die Auflösung der Miethe herbeizuführen, und diese unbenutzt lässt. Wie im erstern Fall der Vermiether, der schon bei Beginn der Miethe gewusst hat, dass die vom Miether eingebrachten Gegenstände Eigenthum eines Dritten seien, der Eigenthumsklage des letztern nicht in gutem Glauben die Einwendung entgegenhalten kann, er habe den Miether im Vertrauen darauf, dass die Illaten zur Deckung des Miethzinses angesprochen werden können, einziehen lassen, ebensowenig kann er sich, wenn er später, trotz inzwischen erlangter Kenntniss dessen, dass die Illaten Eigenthum eines Dritten sind, die Miethe freiwillig fortsetzt, in gutem Glauben darauf berufen, er habe dies in jenem Vertrauen gethan. Offenbar ist nur aus Billigkeitsrücksichten bei Erlass des Obligationenrechtes nicht gemäss der früher allgemein anerkannten Rechtanschauung bestimmt worden, dass wenn der Vermiether erst im Laufe des Miethsverhältnisses Kenntniss davon erhalte, dass die vom Miether eingebrachten Sachen Eigenthum eines Dritten seien, mit dem Augenblick der Erlangung dieser Kenntniss das Retentionsrecht untergehe; solche Billigkeitsrücksichten fallen aber nicht erst dann dahin, wenn der Vermiether nach Ablauf der verabredeten Miethzeit den Miethvertrag erneuert, sondern auch schon dann, wenn er unterlässt, ein ihm vertraglich eingeräumtes Recht der Kündigung auszuüben, oder wenn er von dem ihm durch Vertrag oder Gesetz (Art. 287 O. R.) zugesicherten Recht, wegen ungenauer Entrichtung des Miethzinses die Ausweisung des Miethers zu verlangen, keinen Gebrauch macht. Selbstverständlich steht es dem dritten Eigenthümer der im Besitz des Miethers befindlichen Sachen nicht zu, den Vermiether zur Ausübung, der letzterwähnten Rechte zu zwingen, so wenig als ihn nach Ablauf

der verabredeten Miethzeit an der Erneuerung der Miethe zu hindern, dagegen kann eben der Vermiether, wenn er vorzieht, von den bezeichneten Rechten keinen Gebrauch zu machen, jene Billigkeitsrücksichten nicht mehr für sich in Anspruch nehmen und sich nicht mehr auf den zur Ausübung des Retentionsrechtes erforderlichen guten Glauben berufen.

---

131. *Kündigungsfrist bei dem auf unbestimmte Zeit eingegangenen Dienstvertrag. O. R. Art. 343 Abs. 2.*

Das Handelsgericht des Cantons Zürich ging in einem unterm 12. Februar 1886 in Sachen Simmler c. Walker erlassenen Urtheile davon aus, dass im Canton Zürich für den Dienstvertrag kaufmännischer Angestellten — hier handelte es sich speciell um einen solchen eines Bank- und Wechselgeschäftes — weder durch Gesetz noch Uebung besondere Kündigungsfristen im Sinne von Art. 343 Abs. 2 O. R. eingeführt seien.

---

132. *Voraussetzungen des Provisionsanspruches des Verkaufscommissionärs (Provisionsreisenden). O. R. Art. 440.*

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichts vom 26. Febr. 1886 i. S. Gebr. Morf c. Koller-Merz.

1) K., welcher s. Z. von Gebr. M. als Provisionsreisender engagirt worden war, forderte von diesen nach Auflösung des Verhältnisses unter Anderm auch Provision aus Geschäftsabschlüssen, die er nicht selbst vermittelt hatte, mit der Begründung, dass er durch Aufnahme früherer Bestellungen bei den betreffenden Kunden dieselben dem klägerischen Geschäfte zugeführt habe. Der Anspruch wurde indess mit folgender Begründung abgewiesen.

Die Gebr. M. machen geltend, dass dem K. nur auf den von ihm selbst aufgenommenen und übermittelten Bestellungen eine Provision zugesichert worden sei und das ist auch das einzig Natürliche. Dem K. wäre deshalb obgelegen, den Beweis dafür zu erbringen, dass das Provisionsversprechen weiter gegangen, d. h. auf alle Bestellungen von Kunden ausgedehnt worden sei, die durch seine Vermittlung dem klägerischen Geschäfte bekannt geworden sind, gleichviel, ob die einzelnen Geschäftsabschlüsse durch die Kläger selbst oder ihren Provisionsreisenden veranlasst und effectuirt worden seien; an diesem Beweise mangelt es aber gänzlich. Es besteht kein bestimmter Usus, wonach der für ein gewisses

Gebiet engagirte Geschäftsreisende auch für die directen aus diesem Gebiete eingehenden Aufträge Provision zu beanspruchen hätte. Vielmehr kommt das Eine wie das Andere vor und ist eben desshalb einfach die jeweilige Vereinbarung massgebend.

2) K. verlangt weiter eine Provision von 10% auf der Summe von Fr. 2204. — als Betrag von Bestellungen, die er den Gebr. M. aufgegeben, bezüglich welcher er aber keinen Bericht empfangen habe, ob sie zur Ausführung gelangt seien oder nicht. Gebr. M. bestritten die Schuldpflicht, weil die in Frage kommenden Bestellungen nicht ausgeführt worden seien. Das Gericht nahm an, dass zwar die Thatsache der Nichtausführung einer ordnungsgemäss aufgenommenen Bestellung im Allgemeinen durchaus nicht geeignet sei, den Provisionsanspruch als nicht zur Entstehung gelangt zu betrachten, in concreto aber die Bestellungsausführung deswegen als Voraussetzung für die Entstehung des Anspruches betrachtet werden müsse, weil diese Auffassung als die vertraglich gewollte anzusehen sei.

Motive: Es kann nicht zugegeben werden, dass der Verkaufsagent die verabredete Provision nur für das zur Ausführung gekommene Geschäft fordern könne, wenn dies nicht ausdrücklich oder stillschweigend so vereinbart worden ist. Als das Regelmässige und Gewöhnliche ist es vielmehr anzusehen, dass die Provision mit dem Momente verdient ist, in welchem der Verkauf zum perfecten Abschluss gelangt und die Mittheilung davon dem Auftraggeber des Agenten zugekommen ist, zumal der letztere damit seine Obliegenheiten vollständig erfüllt hat und diese Thatsache gewiss zunächst zu dem Schlusse führen muss, dass er auch den Anspruch auf die Gegenleistung erworben habe. Der Umstand, dass das Interesse des Verkäufers an der Bestellung gerade und nur in deren Vollziehung liegt, ist durchaus nicht geeignet, die letztere ohne Weiteres als eine stillschweigend angenommene Voraussetzung für den Provisionsanspruch erscheinen zu lassen, weil ja der Verkäufer die Ausführung des ordnungsgemäss abgeschlossenen Geschäftes und damit die Realisirung des darin liegenden Nutzens ganz in seiner Hand hat, denn sobald er vertragsgemäss erfüllen will, so muss der Käufer annehmen und zahlen, resp. er kann von ihm dazu gezwungen werden, erfüllt der Verkäufer aber nicht vertragsgemäss und geht das Geschäft deswegen nicht in Ordnung, so liegt der Grund in seinem eigenen Verschulden und ist nicht einzusehen, inwiefern die Vertragsmeinung da-

hin gegangen sein könnte, dass er sogar dann von der Pflicht zur Provisionszahlung befreit sei. Nun ist aber der von den Gebr. M. anerbotene Beweis als erbracht zu betrachten, nämlich, es sei die vertragliche Vereinbarung zwischen den Litiganten dahin getroffen worden, dass der Beklagte die Provision nur von den zur Ausführung gelangten Bestellungen zu beziehen habe.

---

133. *Représentant commercial. Révocation. Paiement effectué en mains du représentant.*

**Neuchâtel.** Arrêt de la Cour de cassation civile du 27 février 1886 dans la cause Collette c. Hunziker.

Bourquin le jeune, représentant de Collette, a vendu du vin à Hunziker. La facture portait que Bourquin est le représentant de Collette. Hunziker a réglé compte avec Bourquin, qui a quittancé la facture.

Collette a ensuite réclamé à Hunziker le paiement du vin vendu. Il fait valoir qu'au moment où Hunziker a réglé compte avec Bourquin, celui-ci n'était plus son représentant, et qu'au surplus la dette a été éteinte non par le paiement, mais par compensation avec une créance que Bourquin devait à Hunziker.

Le Juge de paix de Neuchâtel a débouté Collette de sa demande. Celui-ci s'est pourvu en cassation, mais son recours a été écarté.

Motifs: Considérant que Hunziker ayant payé par fr. 54. 10 le prix du vin que lui réclamait Collette, le point essentiel à déterminer est de savoir si Hunziker a bien payé, soit à Collette lui-même, soit à son représentant;

Qu'il est établi en fait que la facture fournie par Collette à Hunziker indique que Bourquin le jeune est son représentant;

Qu'en cette qualité de représentant, Bourquin avait qualité pour recevoir le montant de la facture et en donner quittance;

Qu'en réglant compte avec Bourquin qui a quittancé la facture, Hunziker s'est valablement libéré de son engagement;

Qu'il n'est pas établi qu'avant l'époque où cette facture a été acquittée, Collette eût prévenu Hunziker qu'il avait retiré son mandat à Bourquin, que celui-ci n'était plus son représentant et que Hunziker ne devait payer qu'à lui-même, soit à Collette;

Que la question de savoir de quelle manière et en quelle

forme Hunziker a payé Bourquin est secondaire, du moment où il est établi que Bourquin avait qualité pour lui donner quittance;

Que la circonstance, qui n'a pas été établie, que le paiement aurait été effectué de la manière qu'allègue le recourant, ne peut modifier le fait essentiel du paiement qui a été effectué à une personne qui avait qualité pour le recevoir et donner quittance;

Que si Bourquin n'a pas tenu compte à Collette du montant de la facture, c'est là un fait qui ne peut être opposé à Hunziker, mais qui peut faire l'objet d'une plainte de Collette contre Bourquin.

---

**134.** *Société en nom collectif. Signature collective des associés exigée pour certaines opérations. Portée de cette clause vis-à-vis des tiers. Art. 560, 561 et 863 C.O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal des 8/13 avril 1886 dans la cause Parisot et Cie. c. Chapon.

François Aguet et Auguste Parisot, à Vevey, ont formé entre eux, sous la raison sociale A. Parisot et Cie, une société en nom collectif pour l'exploitation d'un commerce de céréales, farines, etc. A l'origine, il était stipulé que la signature collective des deux associés serait nécessaire pour les achats; plus tard, elle a été exigée pour tout engagement financier. Mention de ces clauses a été faite dans la Feuille officielle du commerce.[1])

Parisot et Cie ont vendu à Ph. Chapon, à Lausanne, diverses marchandises, pour le prix total de 960 fr. 75 cent. De son côté, Auguste Parisot a, sous la signature sociale, commandé à Chapon un certain nombre de marchandises, spécialement des savons; Chapon les expédiait à l'adresse de la maison Parisot et Cie, mais Auguste Parisot, qui avait un casier américain à la poste de Vevey, trouvait moyen

---

[1]) Postérieurement à la date de ces inscriptions, le Conseil fédéral a décidé que les préposés au registre du commerce ne devraient plus accepter de clauses de la nature de celles admises dans la société A. Parisot et Cie. Il interprète l'art. 561, 3me alinéa C. O. en ce sens que la signature collective des associés peut, il est vrai, être exigée pour *toutes* les opérations sociales, mais non pour *quelques-unes* d'entre elles. Il existe à ce sujet une divergence entre le texte français et le texte allemand de l'art. 561 précité; le mot „*überhaupt*", qui se trouve dans la rédaction allemande, n'est pas rendu dans l'édition française.

d'intercepter les lettres de Chapon et de prendre personnellement livraison des marchandises expédiées par lui, qu'il réexpédiait de là à Evian, au Bouveret et à Saxon, où il avait des dépôts pour son compte personnel. François Aguet n'avait pas connaissance des opérations faites par son associé avec Chapon, à l'exception cependant d'un premier marché de savons, dont le prix a été payé par 113 fr. Lorsque, plus tard, Aguet a découvert les procédés de Parisot, il a porté plainte contre ce dernier pour abus de confiance; cependant, il a consenti à retirer sa plainte, Parisot lui ayant remis diverses marchandises, entre autres quelques-unes reçues de Chapon, pour le couvrir des pertes qu'il lui avait fait subir.

La société Parisot et Cie, étant tombée en liquidation, a ouvert action à Chapon pour le faire condamner au paiement de 960 fr. 75 cent., prix des marchandises à lui fournies. Tout en reconnaissant cette dette, Chapon a opposé la compensation de la somme de 913 fr. 45 cent., solde du compte des marchandises commandées par Parisot et livrées sur ses ordres; il a, en conséquence, conclu à libération moyennant l'offre de payer la différence, soit 47 fr. 30 cent.

Le Tribunal du District de Lausanne ayant donné gain de cause à Chapon, la société en liquidation Parisot et Cie a recouru au Tribunal cantonal. Celui-ci a admis le recours et rejeté le moyen de compensation présenté par Chapon.

Motifs: Considérant que, par acte notarié Dupraz, le 11 août 1884, Aguet et Parisot ont formé entre eux, sous la raison A. Parisot et Cie, une société en nom collectif pour l'exploitation d'un commerce de céréales, farines, etc.

Que l'art. 4 du contrat social statue que chacun des associés a la signature sociale, mais pour les achats la signature collective des deux chefs est nécessaire.

Que la société A. Parisot et Cie s'est inscrite au registre du commerce du district de Vevey et que la publication de cette inscription a été faite dans le n° 66, du 17 août 1884, de la Feuille officielle suisse du commerce, avec la mention de l'art. 4 indiqué ci-dessus.

Que le n° 7, du 15 janvier 1885, de la dite Feuille renferme en outre l'inscription suivante:

„13 janvier. François Aguet et Auguste Parisot, associés „sous la raison A. Parisot et Cie, à Vevey, modifient l'ins„cription faite au registre du commerce de leur société „en nom collectif le 11 août 1884, en ce sens que non seule„ment pour les achats, mais aussi pour tout engagement finan„cier, la signature des deux chefs est nécessaire."

Que la dite société a été dissoute d'un commun accord à dater du 13 juillet 1885, ainsi que le constate la Feuille officielle suisse du commerce du 18 juillet 1885, n° 75.

Considérant que l'art. 561 C.O. pose en principe que chaque associé, autorisé à représenter la société, a le droit de faire au nom de celle-ci tous les actes juridiques et toutes les affaires que comporte le but de la société, toute clause limitant ses pouvoirs étant nulle et de nul effet à l'égard des tiers de bonne foi.

Que le même article apporte toutefois une exception à ce principe pour le cas où, d'après l'inscription faite sur le registre du commerce, la société ne peut être engagée que par la signature collective de plusieurs des associés.

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit plus haut que, dans l'espèce, la clause limitant les pouvoirs de chaque associé a été inscrite au registre du commerce, conformément aux dispositions de la loi sur la matière.

Que cette clause s'imposait, dès lors, aux tiers et les liait, puisqu'elle leur était connue par la publication officielle qui en avait été faite.

Que les tiers, en effet, n'étaient pas fondés à admettre que chaque associé avait le droit d'agir au nom de la société, attendu que le registre du commerce contenait une mention spéciale relativement aux pouvoirs des associés (art. 560 C.O.).

Considérant, dès lors, que Chapon, lorsqu'il contractait avec Parisot seul, devait savoir que ce dernier ne pouvait faire aucun achat, ni prendre aucun engagement financier sans la signature de François Aguet, son coassocié.

Qu'ainsi les ventes faites par Chapon à Parisot seul ne sauraient lier la société A. Parisot et Cie, celle-ci pouvant valablement aujourd'hui opposer à Chapon son inscription au registre du commerce en vertu de l'art. 863 C. O.

Considérant que, dans ces circonstances, l'on ne saurait voir en quoi François Aguet aurait commis une faute ou une imprudence desquelles il résulterait que la société A. Parisot et Cie aurait réellement acheté des marchandises de Chapon et qu'elle lui en devrait le prix par 913 fr. 45 cent., ainsi que le dit le jugement dont est recours.

Attendu, en effet, que François Aguet ne peut être rendu responsable des actes délictueux de Parisot, les fautes et les délits étant personnels (art. 50 et suivants C. O.).

Que l'on ne peut non plus faire supporter à Aguet les conséquences du fait que Parisot avait un casier spécial à la poste de Vevey et qu'il a ainsi intercepté des lettres adressées à la société A. Parisot et Cie.

Que si, pour se couvrir, Aguet a, par une convention qui n'a d'ailleurs pas été attaquée, repris des marchandises de Parisot, cette circonstance n'implique nullement de sa part une ratification des marchés irréguliers conclus entre Parisot seul et Chapon et dont il n'avait, du reste, pas eu connaissance.

Que le fait que Aguet ne critique pas aujourd'hui la vente de savon de mars 1885, ne signifie pas non plus qu'il ait renoncé au contrat qui le liait avec Parisot, mais indique simplement qu'il y a été dérogé dans un cas particulier.

Que Aguet n'est donc point déchu du droit d'invoquer la clause prémentionnée pour les opérations en litige.

Considérant quil résulte de ce qui précède que la société A. Parisot et Cie n'est pas débitrice de Chapon des marchandises que celui-ci a vendues et livrées à Parisot seul, les engagements pris par ce dernier vis-à-vis du défendeur ne liant en aucune façon la demanderesse.

Qu'ainsi Chapon ne peut être admis à compenser la somme de 913 fr. 45 cent. que lui doit Auguste Parisot avec celle de 960 fr. 75 cent. dont il est débiteur envers la société A. Parisot et Cie.

---

**135.** *Société en nom collectif. Dissolution; action du liquidateur contre un des associés en paiement de sa part des dettes sociales; inadmissibilité. Art. 557 et 583 C. O.*

**Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 17 juin 1886 dans la cause Gargantini c. Bourdillon.**

Attendu que, par compromis du 2 octobre 1884, André Bourdillon a été désigné, d'un commun accord entre les parties, liquidateur de la société qui existait entre Spinedi, Grassi et Gargantini, avec mission de terminer les affaires courantes, d'exécuter les engagements et de faire rentrer les créances de la société dissoute, de réaliser l'actif social, d'agir au nom de ladite société, de plaider, transiger et compromettre pour elle;

Attendu qu'il est établi que, pour procéder à cette liquidation, Bourdillon a cru devoir réclamer diverses sommes aux trois ex-associés, et que seul l'opposant se refuse à payer sa part;

Attendu que des comptes produits il résulte que la liquidation dont s'agit présente un passif de 1380 fr. 90 c., que le liquidateur, en vertu de la solidarité qui lie les associés, a divisé en 3 parts, ce qui représente exactement pour Gargantini la somme aujourd'hui réclamée;

Attendu que, contrairement aux affirmations de ce dernier, il est certain que le liquidateur a, pour remplir ses fonctions, le droit absolu d'assigner les associés, si ceux-ci se refusent ou à compléter leur apport ou à remettre à la société une somme qu'ils lui doivent; que, dans le cas spécial, la question est autre et doit être examinée à un autre point de vue; qu'en effet, Bourdillon ne réclame pas actuellement une somme que Gargantini devrait à la société en vertu de faits ou de conventions antérieurs, mais bien 460 fr. 30 c. pour sa part de déficit;

Vu, à cet égard, les art. 557 et 583 C.O. et l'interprétation qu'en donnent MM. Schneider et Fick;

Attendu que le liquidateur n'est préposé qu'à une situation de fait qu'il doit, à moins d'indications spéciales du contrat de société ou d'offres spontanées des associés, prendre telle qu'elle est et liquider au mieux des intérêts des ayants droit; qu'il doit, en conséquence, retenir, si les fonds le permettent, les sommes nécessaires pour payer les dettes non encore échues et pour faire droit aux prétentions des associés lors du règlement de leurs comptes respectifs; qu'il n'a, par contre, pas le droit, en sa qualité, de demander à un associé, s'il n'y consent pas spontanément ou si le contrat de société n'a pas prévu le cas, une contribution proportionnelle à sa part sociale pour les dettes qui restent à payer;

Attendu, dès lors, que si l'actif social se trouve insuffisant pour solder celles-ci, les créanciers, pour être payés, n'ont qu'à réclamer directement l'application de l'art 564 du même Code, qui prévoit que les associés sont tenus solidairement sur tous leurs biens et peuvent être recherchés personnellement à raison d'une dette sociale, lorsque la société est dissoute; qu'ils n'ont donc soit qu'à actionner en paiement tous les associés ou tel d'entre eux, soit, s'ils le préfèrent et s'ils s'y croient fondés, qu'à demander la faillite de la société ou des sociétaires;

Attendu que, comme il a été dit plus haut, Gargantini n'offre point la somme réclamée et qu'il n'est pas justifié que l'acte de société ait prévu le cas;

Attendu que de ce qui précède il résulte que Bourdillon, comme liquidateur, n'était pas bastant pour réclamer à Gargantini sa cotisation proportionnelle au déficit constaté.

---

136. *Bürgschaft. Verantwortlichkeit des Gläubigers bei Verminderung der Sicherheiten. Art. 508 O. R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 23. März 1886 i. S Leihkasse Meilen c. Joh. Künzli.

Joh. Künzli ist gemäss Bürgschein vom 5. Oktober 1882 für ein Darleihen der Leihkasse Meilen im Betrage von Fr. 5000. — an Friedrich Leutenegger-Frick als Bürge und Selbstzahler solidarisch mit fünf anderen eingestanden und wird nun, nachdem der Schuldner in Konkurs gerieth, für die Darleihenssumme belangt.

Er erhebt verschiedene Einreden. Die Bürgschaft sei nicht gültig zu Stande gekommen, weil die Leihkasse von den Bürgen vor Effectuirung des Darleihens drei von Wallenweil entlassen habe und weil die Bürgschaft an die nicht erfüllte Bedingung geknüpft worden sei, dass er von den Fr. 5000 Fr. 1500 erhalte. Eventuell habe jedenfalls nach Art. 508 O. R. die Leihkasse die Quote, welche auf die drei entlassenen Bürgen falle, $^3/_5$, selbst zu übernehmen, so dass ihn (Künzli) nur $^2/_5$ träfen.

Die Leihkasse bestritt diese Einwendungen. Künzli habe vom Rücktritt der drei Bürgen Kenntniss gehabt und die Bürgschaft unbedingt eingegangen.

Die erste Instanz schützte die Forderung zu $^2/_5$. Die Appellation beider Parteien wurde im Sinn der Motive verworfen.

Motive: J. Künzli bestreitet nicht, dass er zu Gunsten der Leihkasse M. für ein Darleihen von Fr. 5150 an Leutenegger-Frick als Bürge und Selbstzahler einstand, dagegen erhebt er verschiedene Einreden, nach welchen er von der Zahlungspflicht ganz oder theilweise entlastet sei.

In erster Linie macht er geltend, die Leihkasse habe in fahrlässiger Weise das Darleihen doch ausbezahlt, obwohl vorher drei von den sechs Bürgen zurückgetreten seien und die verbleibenden drei Bürgen sich nicht dahin mit der Leihkasse verständigt hätten, dass sie die Bürgschaft übernehmen wollten. Allein dieser Einwand ist unbegründet. Der Rücktritt der drei Bürgen entlastete die anderen drei nicht; es war fahrlässig von Künzli, dass er, obwohl von dem Rücktritt in Kenntniss gesetzt, nicht auch seine Massnahmen traf, sondern es darauf ankommen liess, ob die Leihkasse das Darleihen ausbezahle oder nicht.

Zweitens beruft sich Künzli darauf, der Präsident des Verwaltungsrathes der Leihkasse, Amsler, habe ihm versprochen, dafür zu sorgen, dass von dem Darleihen von Fr. 5000

ihm (Künzli) Fr. 1500 zukämen, und da dies nicht ausgeführt worden sei, falle die Bürgschaft dahin, eventuell könne er mit Fr. 1500 kompensiren. Es ist aber auch diese Einrede nicht stichhaltig. Wenn die betreffende Zusage eine Bedingung für die Eingehung der Bürgschaft gewesen sein soll, so hätte Künzli sie bei Unterzeichnung des Bürgscheins hinzufügen sollen, und da dies nicht geschehen ist, fällt die angebliche Bedingung ausser Betracht. Wenn aber nur ein Versprechen, eine Zusicherung von Amsler gemacht wurde, so würde dies nicht die Leihkasse verpflichten und wird die Frage, ob allenfalls Amsler persönlich belangt werden könnte, offen gelassen.

In dritter Linie stützt sich Künzli auf Art. 508 O. R., wonach der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich ist, dass er nicht zu dessen Nachtheile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Damit stimmt überein N° 155 der grundsätzlichen Entscheidungen des thurgauischen Obergerichts, wonach der Gläubiger, welcher ohne Zustimmung des Bürgen auf andere Sicherheit für die Schuld verzichtet, dem Bürgen für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich ist. Dieser Fall trifft hier zu: Drei weitere Bürgen, welche für die Schuld eingestanden waren, haben vor Ausbezahlung des Darleihens ihre Bürgschaft zurückgezogen und die Leihkasse hat diese Erklärung ohne weiteres angenommen, auf diese Sicherheiten verzichtet, so dass es rechtlich gleich zu halten ist, wie wenn diese drei Wallenweiler Bürgen von der Leihkasse entlassen worden wären, ohne die Zustimmung des Künzli vorher einzuholen. Dies ist durch Urtheil des Gerichts konstatirt, und unerheblich, wenn die Leihkasse nachträglich den Rücktritt der drei Bürgen — allerdings vergebens — in Abrede zu stellen suchte. Nicht massgebend ist der Umstand, dass der Rücktritt der drei Wallenweiler Bürgen vor Ausbezahlung des Darleihens stattfand, weil der Bürge einen Anspruch hat, sowohl auf die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen als die nachträglich erlangten Sicherheiten. Die Leihkasse hat den Schaden, welcher durch den Rücktritt der drei Bürgen entstand, also den Antheil, welcher auf die drei Wallenweiler Bürgen fallen würde, selbst zu übernehmen. Prinzipiell hätte Künzli, da er mit zwei anderen Bürgen noch verpflichtet ist, als Solidarbürge in erster Linie $^3/_6$ der Schuld zu tragen, unter Vorbehalt des Regresses für je $^1/_6$ auf jeden der beiden anderen Bürgen. Nun ergibt sich aber, dass der Bürge Kleiner

landesflüchtig und insolvent ist; den Verlust, der dadurch entsteht, dass er nicht zur Zahlung angehalten werden kann, hat nicht Künzli allein zu tragen, sondern er ist auf die fünf verbleibenden Bürgen, von denen die Leihkasse jetzt drei selber repräsentirt, zu vertheilen. Die Bürgschaftssumme zerfällt nunmehr noch in fünf Theile, von denen die Leihkasse wegen des Rücktritts der drei Bürgen drei selbst zu tragen hat und Künzli als Solidarbürge zwei, also $^2/_5$.

---

137. *Zeitliche Herrschaft des Obligationenrechts. Verjährung. Art. 147, 883 O.R.*

Zug. Urtheil des Kantonsgerichts vom 26. Juni 1886.

Die Klägerin verlangte von ihrer Schwester, welche am 5. Juni 1872 bei der Klägerin ein uneheliches Kind geboren hatte, Ersatz des Kostgeldes und der Kindbettkosten. Die Beklagte erhob die Einrede der Verjährung, jedoch ohne Erfolg.

Motive: In Erwägung, dass die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt und dieselbe auf den Umstand stützt, dass die Forderung schon im Jahr 1872 entstanden sei, mit dem O.R. aber das Institut der Verjährung eingeführt worden und diesfalls nach Massgabe der Art. 147, 881, 882 und namentlich 883 der Uebergangsbestimmungen die streitige Forderung als erloschen zu betrachten sei, da der Rechtsstreit erst nach Ablauf der dort bezeichneten 2 Jahre seit 1. Januar 1883 nämlich am 15. Dezember 1885 eingeleitet worden; dass hier vorerst einzig Art. 883 l. c. in Betracht fällt; dass fragliche Forderung unbestritten unter der Herrschaft des kantonalen Rechtes entstanden ist; nach den diesfälligen Bestimmungen des Stadt- und Amtbuches und der konstanten Gerichtspraxis aber die 10jährige Verjährung einer Forderung erst zu laufen begann und eintrat, wenn der angehobenen rechtlichen Betreibung während fraglichem Zeitraum keine Folge mehr gegeben wurde und die Sache auf sich beruhen blieb, im gegebenen Falle aber keine Momente namhaft gemacht wurden, aus welchen auf einen Beginn der Verjährung nach kantonalem Rechte vor dem 1. Januar 1883 geschlossen werden musste; dass das Obligationenrecht für derartige Ansprüche, für welche bis vor dem 1. Januar 1883 keine Verjährung lief, das Institut der Verjährung neu einführt, in welchem Falle, und dies trifft in concreto zu, die Verjährungsfrist erst vom Inkrafttreten des Obligationenrechts an zu laufen beginnt, indem laut Art. 883 Abs. 1 O.R. nur der bereits abgelaufene Zeitraum einer vor dem 1. Januar

1883 begonnenen Verjährung in Anrechnung kommt; gegebenen Falles eine solche Frist überhaupt aber nicht begonnen hatte und fortlief; dass in diesem Falle aber auch die beklagtische Berufung auf Art. 147 O.R. unbegründet erscheint, indem, wenn auch die Forderung als Kostgeldforderung angesehen werden mag, die Verjährung eben nicht mit dem Jahre 1872 oder irgend einem Zeitpunkt vor dem 1. Januar 1883, sondern erst vom 1. Januar 1883 an zu laufen begann, der Rechtsstreit aber noch innert der Frist von 5 Jahren eingeleitet worden ist.

---

**138.** *Transport d'objets fragiles par chemin de fer. Avarie. Responsabilité de la compagnie. Art. 31, 32 § 4, 33 et 36 de la loi fédérale du 20 mars 1875. Art. 124 du règlement de transport du 9 juin 1876.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal des 26 mai et 1er juin 1886 dans la cause Suisse Occidentale-Simplon et Paris-Lyon-Méditerranée c. Baud.

Le 20 décembre 1883, Cerf fils et Siegel, antiquaires, à Cannes, ont expédié à Eugène Baud, antiquaire, à Lausanne, une fontaine antique en marbre d'Istria, d'une valeur artistique. Lors de la consignation de la marchandise, la compagnie du chemin de fer du Paris-Lyon-Méditerranée n'a inséré aucune mention spéciale dans la lettre de voiture. A Genève, les colis ont été remis à la compagnie Suisse Occidentale-Simplon, qui les a transportés à Lausanne. A leur arrivée dans cette ville, l'emballage des colis était intact, mais la pièce principale de la fontaine s'est trouvée brisée. Le destinataire Baud a néanmoins pris livraison de la marchandise, après en avoir fait constater l'état par un expert; puis il a ouvert action à la compagnie S.-O.-S. en paiement de 1200 fr. à titre de dommages et intérêts, plus les frais d'expertise, de transport et de douane.

La compagnie S.-O.-S. a conclu à libération des fins de la demande et a évoqué en garantie la compagnie P.-L.-M., qui a pris place au procès, en concluant aussi à libération.

Le Tribunal du District de Lausanne a admis les conclusions du demandeur Baud, en réduisant toutefois l'indemnité réclamée à 1000 fr. Il a prononcé en outre que la compagnie P.-L.-M. doit garantir la compagnie S.-O.-S. des conséquences de cette condamnation.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: A. *Sur le recours de la compagnie S.-O.-S.*

Considérant que la lettre de voiture du 20 décembre 1883, en vertu de laquelle les colis en litige ont été transportés de Cannes à Lausanne, ne renferme aucune réserve en faveur de la Compagnie P.-L.-M. ou de la Compagnie S.-O.-S.

Que l'art. 31 de la loi du 20 mars 1875 statue que „toute „avarie est présumée avoir eu lieu après la réception de la „marchandise par le chemin de fer, si dans la lettre de voi- „ture il n'est fait aucune mention que la marchandise était „avariée au moment de sa consignation."

Que si le dernier alinéa de l'article fait exception au principe posé ci-dessus, lorsque la fermeture et l'emballage du colis sont extérieurement intacts lors de la livraison et qu'en même temps le poids soit trouvé conforme au poids reconnu lors de la consignation, cette disposition ne s'applique pas aux avaries, mais vise seulement le déficit sur le contenu.

Que la loi précitée (art. 33) autorise la preuve contre les présomptions mentionnées à l'art. 31.

Que la Compagnie S.-O.-S. a établi que les deux colis avaient subi divers transbordements avant leur remise au chemin de fer à Cannes, mais une telle constatation n'est pas suffisante pour faire admettre que les colis étaient avariés lors de leur remise au chemin de fer.

Qu'ainsi les colis doivent être considérés comme ayant été intacts au moment de leur consignation en mains de la Compagnie P.-L.-M.

Considérant qu'à teneur de l'art. 32 de la loi sur les transports par chemins de fer, les compagnies peuvent limiter leur responsabilité dans certains cas prévus par la dite loi et les règlements.

Qu'ainsi, pour les objets fragiles, s'il n'a pas été payé un prix de transport supérieur au tarif, la présomption peut être établie que le bris de ces objets qui, dans le cas particulier et en supposant un transport tout à fait normal, pourrait être la suite naturelle de leur fragilité, a eu réellement cette cause (art. 32 § 4 de la loi et § 124 litt. *d* du règlement du 9 juin 1876).

Considérant, d'autre part, que la compagnie qui veut se mettre au bénéfice des dispositions prévues à l'art. 32 § 4 de la loi et § 124 litt. *d* du règlement précités, doit, à teneur du dit règlement, § 124, insérer dans la lettre de voiture une réserve désignant spécialement les défauts de la marchandise et de l'emballage et les signaler à l'expéditeur.

Considérant que, dans l'espèce, la lettre de voiture,

comme il a été dit ci-dessus, ne contient aucune réserve de ce genre.

Considérant enfin que, suivant l'art. 36 de la loi sur les transports par chemins de fer, la compagnie en mains de qui la marchandise est parvenue en dernier lieu peut être actionnée pour les avaries qui ont eu lieu dans tout le cours du transport.

Qu'ainsi peu importe que le bris dont s'agit ait été fait avant ou après la remise des marchandises à la S.-O.-S.

B. *Sur le recours de la Compagnie du Paris-Lyon-Méditerranée:*

1° Sur les moyens qui lui sont communs avec la Compagnie S.-O.-S., considérant que ces moyens ne sauraient être accueillis par les motifs développés ci-dessus.

2° Sur le moyen consistant à dire que la loi suisse, et en particulier la loi du 20 mars 1875 et le règlement du 9 juin 1876, ne sont pas applicables à la Compagnie du P.-L.-M., qui est une compagnie française.

Considérant que la Compagnie P.-L.-M. a admis l'évocation en garantie à elle signifiée par la Compagnie S.-O.-S. et qu'elle a pris place au procès.

Considérant qu'en acceptant la juridiction des tribunaux suisses, bien qu'elle n'y fût pas obligée par la loi et les traités, elle s'est soumise à l'empire de la loi suisse.

Considérant, en outre, que la Compagnie P.-L.-M. n'a pas établi au procès et n'a pas même allégué les dispositions de la loi française qui, cas échéant, seraient applicables à l'espèce et que le Tribunal cantonal les ignore.

---

139. *Accident de chemin de fer. Responsabilité de la compagnie. Art. 2 de la loi fédérale du 1er juillet 1875.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 5 mars 1886 dans la cause Lemoigne c. Suisse Occidentale.

1° Le demandeur a-t-il fait la preuve à laquelle il a été acheminé?

2° L'accident arrivé au demandeur rentre-t-il dans les cas prévus par la loi fédérale du 1er juillet 1875?

I.... Attendu qu'il résulte de la déposition des témoins entendus dans l'enquête que, le 31 août 1884, à 4 h. du matin, Lemoigne, chauffeur au service de la défenderesse, était occupé avec le chauffeur de nuit à charger du charbon sur le tender de sa locomotive;

Qu'en voulant prendre depuis le tender les briquettes

empilées sur le quai, il tomba sur le sol entre le tender et le quai et que, dans sa chute, il s'est cassé le coude; qu'il est demeuré à l'hôpital du 1er septembre 1884 jusqu'au 29 novembre suivant; qu'à cette date, il a quitté l'hôpital incomplètement guéri et avec une enkylose du coude qui ne lui permet plus de faire qu'un petit mouvement du bras;

Qu'il est d'usage que le chauffeur de la machine prête son concours au chauffeur de nuit, spécialement chargé d'approvisionner les machines de charbon pendant la nuit; ce fait, contesté par la défenderesse, résulte non seulement de la déposition des témoins entendus à la requête du demandeur, mais encore de la déposition du témoin Brodbeck qui a déclaré ce qui suit: „Pour charger les machines, le coketier, qui est sur le quai, prend les briquettes à la main, les jette ou les pose sur le tender, le chauffeur qui est sur le tender les reçoit et les empile";

Que le concours de Lemoigne était d'autant plus nécessaire à ce moment-là, que la machine était arrivée tard la veille au soir, qu'on avait dû changer une roue du tender, en sorte qu'il avait été impossible de charger le charbon et qu'on avait dû remettre cette opération au lendemain à 4 h. du matin;

Attendu, en conséquence, que le demandeur a fait la preuve à laquelle il a été acheminé, et qu'il n'est pas établi que ce soit en contrevenant aux règlements que l'accident dont il se plaint lui soit arrivé.

II. Attendu qu'il a été décidé par le Tribunal fédéral (arrêt Gfeller, 19 octobre 1883) que les mots „exploitation d'une entreprise de chemins de fer", employés par la loi fédérale du 1er juillet 1875, devaient être restreints aux services se rapportant directement à l'exploitation, comme la conduite des voyageurs en voiture et la mise en wagon des marchandises;

Attendu que le chargement du charbon sur une locomotive constitue une mise en wagon de marchandises; qu'aux termes mêmes de la définition du Tribunal fédéral, la loi fédérale du 1er juillet 1875 lui est, dès lors, applicable.

Quant à la quotité des dommages-intérêts à allouer au demandeur:

Attendu qu'il paraît suffisant de lui allouer une somme de 1500 fr.....

**140.** ***Loi fédérale du 23 avril 1883 concernant la propriété littéraire et artistique. Oeuvre musicale; exécution non autorisée; action contre le directeur musical d'un corps de musique militaire; déboutement.***

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 8 juillet 1886 dans la cause Société des auteurs et compositeurs de musique c. Kling.

Les demandeurs concluent chacun, et pour chaque œuvre jouée, au paiement de 501 fr. de dommages-intérêts et à ce que le Tribunal fasse défense à Kling d'exécuter désormais leurs partitions sans leur consentement formel, tandis que le défendeur conclut à sa mise hors de cause, avec dépens.

Les demandeurs basent leur réclamation sur le fait que le 17 janvier 1886, le corps de musique de Landwehr a donné au Bâtiment électoral un concert dans lequel il a exécuté, sans le consentement des auteurs, divers morceaux de musique de Rossini, Castil-Blaze, Milloecker, Morand, Massenet et Gounod.

Pour actionner le défendeur, ils s'appuient sur le fait que le programme porte le titre suivant: „Grand concert militaire donné par le corps de musique de Landwehr (musique d'harmonie) sous la direction de M. H. Kling;" ils tirent de cette dernière phrase la conséquence que les morceaux joués l'ont été sous la responsabilité du défendeur et que, ce fait constituant, selon eux, un enrichissement sans cause légitime, ce dernier doit des dommages-intérêts aux auteurs.

Attendu, en droit, que la loi fédérale d'avril 1883 prévoit deux modes de poursuite contre ceux qui auraient exécuté les œuvres artistiques d'autrui sans son autorisation: l'une, l'action pénale, l'autre l'action civile;

Attendu que les demandeurs actuels, tout en faisant des réserves à ce sujet, n'ont pas cru devoir intenter à Kling un procès pénal; qu'ils le poursuivent seulement devant la juridiction consulaire; que ce sont donc les règles du droit civil, et non celles du droit pénal, qui sont applicables à l'espèce;

Que, dès lors, ce n'est pas sérieusement que Gounod et autres ont soutenu oralement que, s'agissant d'un délit, à supposer que Kling n'en soit pas l'auteur principal, il en serait au moins le complice et, comme tel, pourrait être poursuivi par eux, même devant le Tribunal de céans;

Attendu que la complicité n'existe pas en droit civil; que même, au point de vue pénal, il ne suffit pas, pour qu'elle soit, qu'une partie intéressée l'affirme; qu'il faut, de plus, que par un jugement elle soit établie; que, par conséquent,

Kling ne saurait, dans le procès actuel, être recherché comme complice;

Attendu qu'il ne saurait être davantage recherché comme auteur principal du préjudice que les demandeurs prétendent leur avoir été causé;

Qu'il est constant, en effet, que le directeur de la Musique de Landwehr n'a, comme tel, qu'à diriger l'exécution des morceaux que ce corps a décidé de jouer;

Que ce n'est pas Kling qui peut, malgré l'opinion de ce corps, imposer telle ou telle œuvre; qu'au contraire, la Musique de Landwehr, organisée militairement, peut, par les ordres de son chef et d'après les règles militaires, imposer à son directeur — qu'il le veuille ou non — la direction d'un concert, alors même que le défendeur protesterait contre le programme à exécuter;

Attendu de ce qui précède que, si une responsabilité a été encourue, — ce que le Tribunal n'a pas à examiner actuellement — cette responsabilité ne saurait retomber que sur le ou les représentants légaux de la Musique de Landwehr, que celle-ci soit considérée ou comme personnalité civile, si elle a satisfait à l'art. 716 C. O., ou au point de vue de son existence comme corps militaire;

Attendu, ainsi, qu'en assignant le défendeur, les demandeurs ont mal procédé et qu'ils doivent, en l'état, être déboutés de leurs conclusions avec dépens.....

---

141. *Loi fédérale du 23 avril 1883 concernant la propriété littéraire et artistique. Art. 7, 11, 12. Oeuvre musicale; exécution dans un café; action du compositeur contre le tenancier; déboutement.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 1er juillet 1886 dans la cause Donque c. Lacôme.

Attendu que Lacôme conclut au paiement de 501 fr. et à ce qu'il plaise au Tribunal faire défense à Donque d'exécuter, chanter ou jouer publiquement les œuvres du demandeur;

Attendu, en fait, que la valse *Mme Boniface* a été jouée dans ou devant le café de l'opposant; que ses dénégations à ce sujet ne sauraient être considérées comme sérieuses;

Que le Tribunal ne saurait davantage s'arrêter à cet argument que Donque n'est point responsable des faits accomplis par ses musiciens; qu'il semble constant que ceux-ci sont engagés et payés par lui et qu'ainsi ils sont, pendant les concerts qu'ils donnent, ses employés;

Vu l'art. 62 C. O.;

Attendu donc que la responsabilité du défendeur au fond est bien réelle;

Attendu que, ces points de fait admis, le Tribunal a à examiner les deux questions suivantes:

1° Donque était-il soumis au droit prévu par la loi suisse, et a-t-il sciemment commis un acte qui donne ouverture contre lui à une demande de dommages-intérêts?

2° Lacôme est-il fondé à empêcher toute représentation ultérieure de ses œuvres?

I. Vu les art. 7, 11 et 12 de la loi du 23 avril 1883;

Attendu que l'exécution d'œuvres musicales, organisée sans but de lucre, lors même qu'un droit d'entrée serait perçu pour couvrir les frais, ne constitue pas une violation des droits d'auteur;

Attendu que l'auteur d'une œuvre musicale peut faire dépendre l'exécution publique de celle-ci de conditions spéciales, qui doivent être publiées en tête de l'œuvre;

Attendu, toutefois, que le tantième ne doit pas excéder le 2% du produit brut de l'exécution;

Attendu que la valse dont s'agit porte sur sa couverture ces mots: „Tous droits d'audition, de traduction, de représentation, d'arrangement et de reproduction réservés";

Attendu, dès lors, que Lacôme serait en droit, en cas de représentation payante, avec but de gain, de réclamer le paiement du 2% dont s'agit et, s'il y avait exécution illicite, les dommages-intérêts prévus à l'art. 12 susdésigné;

Qu'il est constant qu'aucun prix d'entrée n'a été réclamé au café Donque les soirs où la musique jouait; que le prix des consommations y était le même, qu'il y eût ou qu'il n'y eût pas concert;

Attendu qu'une telle exécution de musique a lieu évidemment sans qu'il y ait lucre, dans le sens voulu par la loi, c'est-à-dire sans qu'il y ait bénéfice réalisé par la production de la musique; que, comme telle, elle ne constitue pas une violation de propriété artistique et ne fait point naître le droit au tantième prévu par la loi pour les droits d'auteur;

Attendu que ce point de vue est si bien celui du législateur suisse, il a si bien voulu que, pour qu'un droit fût dû, il y ait, non seulement comme but un gain direct, mais encore un droit d'entrée à toucher, sous une forme ou sous une autre, qu'il a fixé que ce droit ne devrait pas excéder le 2% du produit brut de l'exécution;

Attendu qu'admettre le contraire et suivre Lacôme dans

ses conclusions, aboutirait à l'impossibilité suivante: désormais Donque ne pourrait plus faire jouer dans ou devant son établissement sans payer le 2% du produit brut de cette exécution; or le produit brut, de même que le produit net de celle-ci n'existent pas, puisqu'il n'y a ni droits d'entrée, ni augmentation des prix des rafraîchissements vendus;

Attendu que la jurisprudence française qu'invoque Lacôme ne signifie rien en l'espèce; qu'elle est basée sur une loi bien différente de la nôtre à cet égard;

Que, dès lors, et de tout ce qui précède il résulte que Donque, en faisant jouer *Mme Boniface* dans les conditions susrappelées, n'a point commis de violation du droit de Lacôme et que, par conséquent, celui-ci est mal venu à lui réclamer des dommages-intérêts.

II. Attendu qu'aux termes de l'art. 7 susvisé, l'exécution d'une œuvre déjà publiée ne peut être refusée, lorsque le paiement du tantième, qui ne doit pas excéder 2% du produit brut, est, non payé, mais assuré;

Qu'ainsi, dans le cas même où l'auteur a un droit à toucher, il ne peut pas, s'il a publié son œuvre, en refuser l'exécution;

Qu'à plus forte raison, ce principe doit-il être appliqué lorsqu'il n'a aucun droit à un tantième, comme dans l'espèce, et lorsqu'il s'agit d'exécution sans but de lucre; que sur ce point encore Lacôme doit être débouté de ses conclusions....

---

142. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 10. Christmonat 1879. Art. 18, lit. b. „Irreführung des Publikums."*

**Zürich.** Urtheil des Handelsgerichtes vom 12. Februar 1886 i. S. W. C. u. J. Strutt c. Baumwollspinnerei u. Zwirnerei Niederuster.

Die Nachahmung der Marke eines Andern ist gemäss Art. 18 lit. b des Bundesgesetzes dann unstatthaft, wenn sie so geschieht, „dass das Publikum irre geführt wird." Ob dies bei der streitigen Marke zutreffe, ist also die in diesem Prozess zu entscheidende Frage. Diese ist offenbar rein thatsächlicher Natur. Dabei sind aber folgende, theils aus dem Ausdruck, theils der offenbaren Absicht der Gesetzesstelle sich ergebende allgemeine Gesichtspunkte festzuhalten. Geschützt ist die Marke, d. h. das Bild, welches dieselbe darstellt, diese gilt als das Waarenzeichen, nicht dagegen die darin enthaltenen Worte, letztere jedenfalls nur etwa insofern, als sie selbst wesentlich als das Markenbild hervortreten.

Unzulässig ist jedes Markenbild, wodurch das Publikum irregeführt wird. Hieraus folgt, dass für die Beurtheilung der Aehnlichkeit resp. Möglichkeit der Irreleitung die Lage des Publikums massgebend ist, und zwar desjenigen, welches Abnehmer der unter der Marke ausgebotenen Waare ist. Dabei wird davon auszugehen sein, dass der Abnehmer die ächte Marke nicht etwa zur Vergleichung mit sich führt, so dass für die Möglichkeit der Irreleitung das im Gedächtniss zurückbleibende Bild der ächten Marke in Betracht kommt, und endlich muss für das Mass der Aufmerksamkeit, wie auch Intelligenz, das sowohl hinsichtlich der Festhaltung der ächten Marke im Gedächtniss, als auch für die Vergleichung, bezw. die Entdeckung einer Nachahmung erwartet werden darf, der für die gewohnten Abnehmer der Waare zutreffende Massstab zu Grunde gelegt werden. Es kann diess dahin zusammengefasst werden, dass jede Marke unerlaubt ist, die sich nicht von dem beim kaufenden Publikum zu Gunsten der gesetzlich geschützten Marke im Gedächtniss zurückbleibenden Gesammtbild wesentlich unterscheidet. Diese Auffassung findet ihre Bestätigung durch die in Art. 6 des Bundesgesetzes enthaltene Vorschrift, dass die neu einzutragende Marke sich von den schon hinterlegten durch wesentliche Merkmale unterscheiden müsse, dass aber unter dieser Voraussetzung auch gewisse Bestandtheile einer bereits hinterlegten Marke für die neue Marke verwendet werden dürfen. Ob nun in diesem Lichte betrachtet die streitige Marke sich von der eingetragenen und publizirten, deren Schutz Kläger verlangt, genügend unterscheide, dass beim Publikum eine Verwechslung nicht leicht vorkommen kann, ist allerdings Sache subjectiven Eindruckes. — Im Spezialfalle wurde dies bejaht und weiter bemerkt: Das Urtheil hierüber hat nicht etwa besondere technische Kenntnisse zur Voraussetzung, die dem Richter abgehen würden, und das anerbotene Beweismittel der Expertise erscheint daher als untauglich. Der Beweissatz der Klägerin, dass wirkliche Täuschungen des Publikums durch die beklagtische Marke gegenüber der klägerischen erfolgt seien, involvirt eine Behauptung, die zu allgemein ist, um gehört werden zu können. Was den von den Klägern eingenommenen Rechtsstandpunkt der „concurrance déloyale“ anbetrifft, so könnte in einer Handlungsweise, welche diese Bezeichnung verdienen würde, nicht ein selbstständiger Rechtstitel für den dadurch etwa Beeinträchtigten erblickt werden. Die von der Klägerin angerufenen Art. 50 ff. O. R. geben nur Ansprüche bei un-

erlaubten Handlungen, der Massstab dafür aber, ob die Führung einer Handelsmarke eine solche enthalte, ist lediglich im Bundesgesetz über den Markenschutz zu suchen.

Das auf Grund dieser Argumentation abweisende Urtheil des Handelsgerichtes wurde vom Bundesgericht unterm 22. Mai 1886 bestätigt.

---

143. *Gerichtsstand bei Ehrverletzungen durch die Presse. Art. 45 Abs. 1 u. 2 B. V.*

**Thurgau.** Beschluss des Obergerichtes vom 1. Juli 1886 i. S. Pichler c. Conzett.

Motive: Materiell ist zu entscheiden, ob der Rekursbeklagte Conzett, welcher in Zürich wohnt, als Verleger und Redaktor der in Zürich erscheinenden „Arbeiterstimme" für eine in derselben begangene Ehrverletzung in Frauenfeld im Thurgau belangt werden könne. Der § 9 der thurgauischen Civilprozessordnung bestimmt, dass für die Beurtheilung von Ehrverletzungsklagen diejenige Gerichtsbehörde zuständig sei, in deren Gebiet die Ehrverletzung statt hatte oder der Beklagte wohnt. Zu untersuchen ist, wo bei Pressvergehen der Gerichtsstand des begangenen Vergehens (forum delicti commissi) sei. Es liegt hier nicht der Fall vor, dass eine Flugschrift, auswärts gedruckt, an einem Orte verbreitet worden wäre, oder dass eine Zeitung an dem Orte, wo der Injuriirte wohnt, in Extra-Exemplaren ausgegeben worden wäre, oder dass eine im Ausland erscheinende Zeitung einen Inländer injuriirte: es soll in einer in Zürich, also in der Schweiz, erschienenen Zeitung durch Abgabe von Exemplaren an Abonnenten im Thurgau ein Thurgauer an seiner Ehre verletzt worden sein. Hier sind vor allem massgebend die Vorschriften und die Praxis des Bundesrechts. § 55 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung von 1874, wörtlich übereinstimmend mit § 45 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung von 1848, schreiben vor: „Die Pressfreiheit ist gewährleistet. Ueber den Miss„brauch derselben trifft die Kantonalgesetzgebung die er„forderlichen Bestimmungen, welche jedoch der Genehmigung „des Bundesrathes bedürfen." Der Kanton Thurgau hat keine gesetzlichen Vorschriften über den Missbrauch der Presse aufgestellt und ist desshalb die bezügliche Praxis der Bundesbehörden in's Auge zu fassen. Am 1. Februar 1854 hat die Bundesversammlung (Blumer-Morel, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes I. S. 396 und 397) dem Art. 42 des bernerischen Pressgesetzes, welcher bestimmte, dass auch der

Herausgeber, Verfasser, Verleger oder Drucker einer auswärts herausgekommenen Schrift vor die Gerichte des Kantons Bern gezogen werden könne, wofern die Schrift im Kanton verbreitet worden sei und einen sträflichen Angriff gegen einen Einwohner desselben enthalte, die Genehmigung entzogen. Motivirt wurde dies von der Kommission damit, dass diese Bestimmung, soweit sie sich auf Personen beziehe, die zwar ausserhalb des Kantons Bern, aber immerhin in der Schweiz wohnen, mit der Bundesverfassung durchaus unvereinbar sei, indem sie der für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft gewährleisteten Pressfreiheit widersprächen. Mit Hinsicht auf die Forderung des Schadensersatzes komme Art. 59 und mit Hinsicht auf die Strafe Art. 58 der Bundesverfassung zur Anwendung. Im Sinne dieser Bestimmungen liege es, dass man wegen eines Pressvergehens die Schuldigen da belangen müsse, wo sich die Presse, deren sie sich bedient haben, befinde. Ein Kanton dürfe nicht eigenmächtig sich selbst Recht verschaffen mit Hinsicht auf Pressvergehen, die in anderen Kantonen verübt wurden. — Dieser Grundsatz ist seitdem von den Bundesbehörden in wiederholten Entscheidungen aufrecht erhalten worden, so vom Bundesrath am 24. März 1856 (Ullmer, Staatsrechtliche Praxis der schweiz. Bundesbehörden 1848—1860 N° 242 Ziffer 2): Das Interesse der Pressfreiheit verlangt, dass die Redaktoren, Verleger etc. eines Blattes nur beim Richter des Druckortes und nicht in allen Kantonen, in denen das Blatt verbreitet ist, belangt werden können; dann 1858 (l. c. N° 281, 2): Bei Injurien ist als Ort des Delikts derjenige zu betrachten, wo die Injurie mündlich geäussert oder geschrieben oder gedruckt wurde, endlich am 9. November 1869 (Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege V. S. 333 u. 334): Die Bundesbehörden haben sich dahin ausgesprochen, dass es den kantonalen Gesetzen überlassen bleibe, die Pressklagen gegen bekannte Verfasser von injuriösen Artikeln vor den Richter des Druckortes oder an den Richter des Wohnortes zu weisen. Denselben Standpunkt nimmt das Bundesgericht ein: Als Ort der Begehung erscheint bei Injurien durch die Druckerpresse derjenige Ort, wo die Zeitung, welche den ehrverletzenden Artikel enthalten hat, gedruckt und herausgegeben wird. (Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichts 1878, S. 12 Ziffer 3. 1877, S. 38 Ziffer 7.) Hieraus ist zu schliessen, dass der Rekurrent den Rekursbeklagten als Verleger der Zeitung, welche den ehrverletzenden Passus enthielt, nur an seinem Wohnorte oder am

Druckorte der Zeitung, im speziellen Falle nur in Zürich, belangen kann.

Mit Unrecht beruft sich der Rekurrent auf Entscheide des Bundesgerichts, wonach bei durch einen Brief begangenen Injurien der Ort der Uebergabe des Briefes an den Adressaten als Ort der Begehung anzusehen ist. Auf solche Injurien finden nicht die gleichen Regeln Anwendung, wie bei den Injurien durch die Presse.

# I. Alphabetisches Sachregister.


Abtretung von Privatrechten, Nr. 9.
Actiengesellschaft, Aufstellung der Bilanzen. Nr. 86. 87; Vertheilung fictiver Dividenden, Nr. 86. 87; Insolvenz, Verschiebung des Konkurses, Nr. 67.
Anwendbarkeit des O.-R. Siehe Zeitliche, örtliche Anwendung.

Besitzübergabe, Nr. 55.
Bundesgericht. Siehe Competenz, Verfahren.
Bürgschaft, Verantwortlichkeit des Gläubigers wegen Verminderung der Sicherheit, Nr. 41, 60, 136.

Collectivgesellschaft, Vertragsfähigkeit derselben, Nr. 66; Beschränkung der Vertretungsbefugniss, Nr. 134; Liquidation, Sicherung der Gesellschaftsgläubiger, Nr. 65; Auflösung, Nr. 85; Befugnisse des Liquidators, Nr. 135; Konkurs der Gesellschaft und der Gesellschafter, Nr. 26.
Commanditgesellschaft, Nr. 40. 66.
Compensation, Nr. 15. 16. 53. 54. 83. 90. 98. 103. 122. 123.
Competenz des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten, Nr. 1. 2. 8. 38. 76. 77. 81. 88. 90. 92. 111. 112. 113.
Creditschädigung, Nr. 4. 48. 50. 95.

Dienstvertrag, Nr. 131.
Differenzgeschäft, Nr. 63. 64. 84. 115.

Ehehinderniss, Blödsinn, Nr. 29.
Eheliches Güterrecht, Einfluss des Domicilwechsels, Nr. 36.
Ehescheidungsklage, Gerichtsstand, Nr. 10; von Franzosen, Nr. 31. 111.
Eheschliessung, Einspruchsrecht der Gemeindebehörden, Nr. 29.
Eheversprechen, Nr. 49.
Eigenthumsübertragung, Nr. 55.
Einrede des Spiels, Nr. 63. 64. 115; der Simulation, Nr. 64; der Arglist, Nr. 85; des Zwangs, Nr. 125. Siehe Compensation, Verjährung.

Eisenbahnen. Siehe Haftpflicht, Pfandrecht.
Eisenbahnrechnungsgesetz, Verhältniss zum O.-R, Nr. 87.

Fabrik- und Handelsmarken, siehe Markenschutz.
Fixgeschäft, Nr. 23.
Firmenschutz, Nr. 30.
Form des Kaufvertrages über Liegenschaften, Nr. 129.
Frachtvertrag, Arglist des Empfängers zur Erzielung niedriger Frachtsätze, Nr. 32; Haftung des Frachtführers für Beschädigung, Nr. 109. 138.

Gerichtsstand des Wohnsitzes nach Art. 59 B.-V. bei Solidarschulden, Nr. 14; des Wohnsitzes des Ehemannes bei Ehescheidungsklagen, Nr. 10; des Vertrages, Nr. 110; des begangenen Vergehens, Nr. 143. Siehe Staatsvertrag mit Frankreich.

Haftpflicht, aus Fabrikbetrieb, Nr. 71. 72. 73; der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen, Nr. 69. 70. 107. 139; aus Eisenbahntransport, Nr. 109. 138; der Postanstalt wegen unrichtiger Ablieferung, Nr. 114; des Geschäftsherrn, Nr. 17, 94; einer juristischen Person für Verschulden der Angestellten, Nr. 17; des Staates für Handlungen der Beamten, Nr. 39, 82; des Familienhauptes, Nr. 52; des Eigenthümers eines Werkes, Nr. 6. 47; des Mandatars für den Substituten, Nr. 25; des Stallwirths, Nr. 62; des Inhabers eines Thieres, Nr. 120. Siehe Schadenersatz.
Handelsregister, Eintragspflicht, Nr. 44.

Indossament, Nr. 90.
Juristische Personen, Haftung für Verschulden von Angestellten, Nr. 17.

Kantonales Recht, Verhältniss kantonaler Gesetze zum O.-R., Nr. 15. 16. 19. 66. 113. 122. 123. 129.
Kauf, nach Probe, Nr. 7; Verzug des Verkäufers, Nr. 56; des Käufers, Nr. 96; Erfüllung Zug um Zug, Nr. 126; Vorbehalt, „die Waare nach Bedarf zu beziehen", Nr. 79; Untersuchungs- und Rügepflicht, Nr. 127; Erkennbarkeit der Mängel, Nr. 7. 99; Kaufverträge über Liegenschaften, Nr. 129.
Kommission, Provisionsanspruch des Kommissionärs, Nr. 132.
Konkordate über Konkursrecht, Unanwendbarkeit auf bewegliches Vermögen, Nr. 13.
Konkursrecht, interkantonales, Nr. 13; internationales, Nr. 36.
Kündigungsfrist beim Dienstvertrag, Nr. 131.

Leibgeding, Nr. 55.
Lotterie, Nr. 118.

Mandat, Nr. 25. 104. 118.
Mängel der Kaufsache, Nr. 7. 99. 127. 128; des Werkes, Nr. 24. 61.

Markenschutz, Nr. 11. 42. 91. 92. 142.
Miethe, Festsetzung eines Antrittstermins, Verzug des Vermiethers, Nr. 23; Schadenersatzanspruch des Miethers bei Reparaturen, Nr. 100; Tragung der Lasten und Abgaben, Nr. 57. Siehe Retentionsrecht des Vermiethers.
Minderungsklage, Nr. 99.

Niederlassungsvertrag mit dem deutschen Reiche, Nr. 35.
Novation, Nr. 97.

Oertliche Anwendung des Rechts bezüglich: Güterrecht der Ehegatten, Nr. 36; Differenzgeschäfte, Nr. 84; ungerechtfertigte Bereicherung, Nr. 112.

Pacht, Unterpacht, Nr. 102; Zahlungsverzug des Pächters, Nr. 103; Tragung der Lasten und Abgaben, Nr. 57.
Pfandrecht auf Eisenbahnen, Frist zur Anbringung der Klage der Einsprecher, Nr. 117.
Postanstalt. Siehe Haftpflicht.
Pressdelicte, Nr. 5.
Pressinjurien, Nr. 143.

Rechtshülfe in Strafsachen, Nr. 108.
Retentionsrecht gemäss Art. 224 O.-R., Nr. 19. 22. 124; Erforderniss der Conexität, Nr. 22. 124; des Vermiethers: Zeitpunkt der Geltendmachung, Nr. 101; bei Betreibung seitens dritter Gläubiger, Nr. 20, 21; an Sachen Dritter, Nr. 58. 130; Verzicht, Nr. 60.
Rogatorien in Ehrverletzungsprozessen, Nr. 108.
Rücktritt bei zweiseitigen Verträgen, Nr. 96.

Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen, Nr. 4. 5. 6. 17. 19. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 95; fahrlässige Tödtung, Nr. 17. 46. 51; Körperverletzung, Nr. 18. 45. 47; Verläumdung, Nr. 4. 48. 95; aus persönlichen Verletzungen, Nr. 50; Verlöbnissbruch, Nr. 49; wegen Verleitung zu irrthümlicher Annahme der Vertragsfähigkeit, Nr. 19; Feststellung des Umfangs, Nr. 17. 81; bei Mitverschulden, Nr. 18.
Schädigung durch Thiere, Nr. 120.
Schmerzensgeld, Nr. 6. 94.
Schweizerbürgerrecht, Verzicht, Nr. 93.
Simulation, Nr. 64.
Spielschulden, Unklagbarkeit, Nr. 63. 84; Wechselverpflichtung zur Deckung solcher, Nr. 64.
Staatsrechtlicher Rekurs, Unzulässigkeit wegen unrichtiger Anwendung privatrechtlicher Normen, Nr. 8; gegen Competenzentscheide in Ehesachen, Nr. 111.

Staatsvertrag mit Frankreich von 1869, Gerichtsstand des Wohnsitzes, Nr. 34; der Heimat, Nr. 31; der Erbschaft, Nr. 12. 37; Unanwendbarkeit, Nr. 110.
Störung im Miethbesitze, Nr. 100.
Streitwerth beim Bundesgericht, Nr. 77.

Unerlaubte Handlungen. Siehe Schadenersatz.
Unfallversicherung, Nr. 75.
Ungerechtfertigte Bereicherung, Nr. 19. 112.
Unsittliche Leistung, Nr. 118. 119.
Urheberrecht, Nr. 74. 140. 141.

Verfahren vor Bundesgericht, Grundlegung des von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestandes, Nr. 78, 80, 81, 92.
Verjährung, Nr. 7, 33, 106, 137.
Verläumdung. Siehe Schadenersatz.
Vermuthung für Anwendbarkeit des O.-R., aus Rückgabe des Schuldscheines, Nr. 68; für Bezahlung des Kaufpreises bei erfolgter Uebergabe, Nr. 126.
Verpfändung von Forderungen, Nr. 124. 125; von indossablen Papieren, Nr. 125.
Vertragsabschluss, Vorbehalt von Nebenpunkten, Nr. 3; richterlicher Entscheid über solche, Nr. 79; durch Stellvertreter, Nr. 113; beschränkt Vertragsfähiger, Nr. 19; Stillschweigen als Annahme eines Antrags, Nr. 80.
Vertragsauflösung, Nr. 23. 56. 85. 96. 103. 131. 135; Verhältniss des Art. 122 zu Art. 264 O.-R.
Vertragsinhalt, Nr. 3. 23. 118. 119.
Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten, Nr. 133.

Wandelungsklage, Nr. 99.
Wechselrecht, Präsentation zur Annahme, Weigerung des Bezogenen, Nr. 27; Indossament, Nr. 90; Protest, Nr. 105. 116; Regress Mangels Zahlung, Nr. 116.
Werkvertrag, Nr. 24. 61.
Wohnsitz, Begriff, Nr. 10.

Zeitgeschäft, Nr. 63. 84.
Zeitliche Anwendung des O.-R. bezüglich: Bürgschaft (Verminderung der Sicherheiten), Nr. 41; Vermuthung aus Rückgabe des Schuldscheins, Nr. 68; bedingter Geschäfte, Nr. 89; Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen, Nr. 88; Statuten der Actiengesellschaft, Nr. 86; Wirkung der Wechselverpflichtung und wechselrechtliche Legitimation zum Zahlungsempfang, Nr. 90; Differenzgeschäft, Nr. 115; Verjährung, Nr. 137.

# II. Gesetzesregister.


*I. Bundesverfassung.*

Art. 45, Nr. 143.
„ 59, „ 14.

*II. Obligationenrecht.*

Art. 1, Nr. 80.
„ 2, „ 3. 79.
„ 5, „ 81.
„ 12, „ 129.
„ 16, „ 64.
„ 17, „ 118, 119.
„ 27, „ 125.
„ 28, „ 29.
„ 32, „ 19.
„ 33, „ 19.
„ 34, „ 29.
„ 38, „ 113.
„ 46, „ 19.
„ 50, „ 4. 5. 17. 45. 47. 49. 51. 95.
„ 51, „ 18. 29. 45. 46. 51.
„ 52, „ 17. 46. 51.
„ 53, „ 45. 120.
„ 54, „ 6. 17. 46. 47. 94.
„ 55, „ 48. 49. 50. 81. 95.
„ 61, „ 6. 28. 52. 121.
„ 62, „ 6. 17. 82. 94. 121. 141.
„ 64, „ 39. 82.
„ 65, „ 6. 120.
„ 67, „ 6. 47.
„ 70, „ 19.
„ 104. „ 68.
„ 122, „ 96.
„ 123, „ 23.
Art. 131, Nr. 15. 16. 53. 54. 83. 98. 122. 123.
„ 138, „ 83.
„ 142, „ 97.
„ 143, „ 97.
„ 147, „ 137.
„ 154, „ 7.
„ 158, „ 7.
„ 172, „ 89.
„ 199. „ 55.
„ 214, „ 125.
„ 215, „ 124. 125.
„ 224, „ 22. 124.
„ 227, „ 19.
„ 230, „ 126.
„ 231. „ 129.
„ 234, „ 56.
„ 243, „ 7. 99.
„ 245, „ 7. 99.
„ 246, „ 99. 127.
„ 249, „ 99.
„ 250, „ 99.
„ 260, „ 128.
„ 264, „ 96.
„ 278, „ 100.
„ 282. „ 57.
„ 294, „ 20. 21. 58. 59. 60. 101. 130.
„ 302, „ 57.
„ 306, „ 102.
„ 310. „ 103.
„ 312, „ 103.
„ 343, „ 131.
„ 356, „ 61.
„ 358, „ 24.
„ 360, „ 24.
„ 361, „ 61.
„ 397, „ 25.
„ 398, „ 104.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 440, | Nr. 132. | Art. 657, | Nr. 67. |
| „ 446, | „ 115. | „ 716, | „ 140. |
| „ 469, | „ 19. | „ 726, | „ 90. |
| „ 486, | „ 62. | „ 736, | „ 27. |
| „ 488, | „ 62. | „ 755. | „ 90. |
| „ 508, | „ 41.60.136. | „ 762, | „ 116. |
| „ 512, | „ 63.64.84.115. | „ 808, | „ 28. |
| „ 513, | „ 64. | „ 815, | „ 105,116. |
| „ 547, | „ 85. | „ 863, | „ 134. |
| „ 557, | „ 135. | „ 865, | „ 44. |
| „ 559, | „ 66. | „ 867, | „ 30. |
| „ 560, | „ 134. | „ 871, | „ 30. |
| „ 561, | „ 134. | „ 872, | „ 30. |
| „ 564. | „ 26. | „ 876, | „ 30. |
| „ 573, | „ 26. | „ 882, | „ 41.68.88.89. 90.115. |
| „ 576, | „ 85. | | |
| „ 582, | „ 40. | „ 883, | „ 33.106.137. |
| „ 583, | „ 65.135. | „ 890, | „ 8. |
| „ 597, | „ 66. | „ 898, | „ 86. |
| „ 611, | „ 40. | „ 901, | „ 90. |
| „ 656, | „ 86. | „ 904, | „ 68.90. |

*III. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege* vom 27. Juni 1874.

| | |
|---|---|
| Art. 27 . . . . . | Nr. 38. |
| „ 29 . . . . . | „ 1. 2. 76. 77. 90. 112. 113. |
| „ 30 . . . . . | „ 78. 81. 92. |

*IV. Bundesgesetz betr. den Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht* vom 3. Juli 1876.

| | |
|---|---|
| Art. 6 . . . . . | Nr. 93. |
| „ 8 . . . . . | „ 93. |

*V. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe* vom 24. Dez. 1874.

| | |
|---|---|
| Art. 43 . . . . . | Nr. 10. |
| „ 56 . . . . . | „ 31. 111. |

*VI. Bundesgesetz betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten* vom 1. Mai 1850.

| | |
|---|---|
| Art. 47 . . . . . | Nr. 9. |

*VII. Bundesgesetz über das Postregal* vom 2. Juni 1869.

| | |
|---|---|
| Art. 12 . . . . . | Nr. 114. |
| „ 15 . . . . . | „ 114. |

*VIII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen* vom 1. Juli 1875.

Art. 2 . . . . . Nr. 69. 70. 139.
„ 8 . . . . . „ 107.
„ 11 . . . . . „ 107.

*IX. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen* vom 20. März 1875.

Art. 14 . . . . . Nr. 109.
„ 31 . . . . . „ 109. 138.
„ 32 . . . . . „ 138.
„ 33 . . . . . „ 138.
„ 36 . . . . . „ 138.
„ 46 . . . . . „ 32.

*X. Bundesgesetz betreffend den Bau und Betrieb der Eisenbahnen* vom 25. Dezember 1872.

Art. 8 . . . . . Nr. 42.

*XI. Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen* vom 24. Juni 1874.

Art. 2 . . . . . Nr. 117.

*XII. Bundesgesetz betr. das Rechnungswesen der Eisenbahnen* vom 21. Dezember 1883, Nr. 87.

*XIII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb* vom 25. Juni 1881.

Art. 1 . . . . . Nr. 71.
„ 2 . . . . . „ 72.
„ 5 . . . . . „ 71. 72. 73.

*XIV. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken* vom 19. Dezember 1879, Nr. 42.

Art. 5 . . . . . Nr. 11. 91.
„ 6 . . . . . „ 92.
„ 18 . . . . . „ 142.
„ 28 . . . . . „ 91.

*XV. Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst* vom 23. April 1883, Nr. 140.

Art. 7 . . . . . Nr. 74. 141.
„ 11 . . . . . „ 141.
„ 12 . . . . . „ 141.

*XVI. Bundesgesetz betr. Ergänzung des Auslieferungsgesetzes* vom 2. Februar 1872, Nr. 108.

*XVII. Eisenbahntransportreglement* vom 9. Juni 1876.

Art. 124 . . . . . Nr. 138.

*XVIII. Konkordate* vom 15. Juni 1804 und 8. Juni 1810 *betr. das Konkursrecht,* Nr. 13.

*XIX. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich* vom 15. Juni 1869, Nr. 34.

| | | |
|---|---|---|
| Art. | 1 . . . . . | Nr. 110. |
| „ | 2 . . . . . | „ 110. |
| „ | 4 . . . . . | „ 12. |
| „ | 5 . . . . . | „ 37. |

*XX. Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche* vom 27. April 1876.

| | | |
|---|---|---|
| Art. | 1 . . . . . | Nr. 35. |

*XXI. Staatsvertrag mit Württemberg* vom 12. Dezember 1825 *betr. Konkursverhältnisse,* Nr. 36.

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

Seite.

**Zürich:** Nr. 23: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 3. Febr. 1885 und des Cassationsgerichts vom 1. Juni 1885 i. S. Keller c. Weibel betr. Miethe 21

Nr. 30: Urtheil des Handelsgerichts vom 28. August 1885 i. S. Mandrino c. Schwarzenbach betr. Firmaschutz . 31

Nr. 33: Entscheid der Appellationskammer des Obergerichts vom 26. August 1885 i. S. Honegger c. Bachmann betr. Verjährung . . . . . 40

Nr. 35: Entscheid des Cassationsgerichts vom 9. September 1885 i. S. Friedr. Götz c. Anna Geyer betr. Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche vom 27. April 1876, Art. 1 . . . 42

Nr. 36: Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 9. Juni 1885 i. S. Frau Irion c. Concursmasse Irion betr. Staatsvertrag mit Württemberg vom 12. December 1825 über Konkursverhältnisse . . . 45

Nr. 58: Urtheil derselben vom 14. November 1885 i. S. Spahn c. Krauer betr. Retentionsrecht . . . . . 76

Nr. 65: Beschluss der Rekurskammer des Obergerichts vom 25. December 1885 i. S. Stapfer c. v. Tschudy betr. Collektivgesellschaft . . . . . 91

Seite

Nr. 66: Beschluss des Cassationsgerichts vom 21. September 1885 i. S. Baumann älter & Cie. c. Fiskus des Kantons Zürich betr. Collektiv- und Commanditgesellschaft . . . . . 92

Nr. 67: Beschluss des Obergerichts vom 11. Juni 1885 i. S. Ullmann & Müller c. Liquidationskommission des schweiz. Lloyd betr. Actiengesellschaft . . . . . 95

Nr. 68: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 15. December 1885 i. S. Lips c. Meier betr. zeitliche Anwendung des Obligationenrechts . . . . . 96

Nr. 74: Urtheil derselben vom 20. August 1885 i. S. c. Schlegel betr. Urheberrecht . . . . . 108

Nr. 94: Urtheil derselben vom 23. Februar 1886 i. S. Gutknecht & Steiner c. Häusli betr. Haftung des Fabrikherrn für Verschulden des Angestellten . . . . . 128

Nr. 102: Urtheil derselben vom 6. April 1886 i. S. Kündig c. Stauffacher betr. Pacht . . . . . 140

Nr. 108: Beschluss des Obergerichts vom 7. Februar 1885 i. S des Strafgerichts Baselstadt c. die Bezirksgerichte Winterthur und Uster betr. Unentgeltlichkeit der interkantonalen Rechtshülfe in Strafsachen . . . . . 154

Nr. 118: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 5. Juli 1886 i. S. Holliger c. Bödecker betr. Mandat 167

Nr. 127: Urtheil des Handelsgerichts vom 25. Juni 1886 i. S. Müller c. Buff, Hinden & Mettler betr. Kauf . . 181

Nr. 130: Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 3. Juli 1886 i. S. Spörri c. Schaub betr. Retentionsrecht . . . . . 184

Nr. 131: Urtheil des Handelsgerichts vom 12. Februar 1886 i. S. Simmler c. Walker betr. Dienstvertrag . 186

Nr. 132: Urtheil desselben vom 26. Februar i. S. Gebr. Morf c. Koller-Merz betr. Commission . . . . . 186

Nr. 142: Urtheil desselben vom 12. Februar 1886 i. S. Strutt c. Baumwollspinnerei und Zwirnerei Uster betr. Markenschutz . . . . . 204

**Bern**: Nr. 62: Urtheil des Appellations- und Kassationshofes vom 14. Juli 1885 i. S. Benoit c. Furrer betr. Haft des Stallwirthes ex recepto . . . . . 82

Nr. 75: Urtheil desselben vom 29. Januar 1886 i. S. Stalder c. Unfallversicherungsgesellschaft in Winterthur betr. Unfallversicherung . . . . . 108

Nr. 99: Urtheil desselben vom 9. April 1886 i. S. Probst u. Söhne c. Käsereigesellschaft Schüpbach betr. Kauf 135

Seite.

**Luzern**: Nr. 15: Urtheil des Obergerichts vom 24. September 1885 i. S. Bucher-Rüttimann c. Aymon-Dufour betr. Compensation . . . . . 10
Nr. 95: Urtheil desselben vom 2. Mai 1884 betr. Schadenersatz wegen Verläumdung . . . . . 130
Nr. 96: Urtheil desselben vom 17. Mai 1884 i. S. Stöckli c. Zimmermann betr. Kauf . . . . . 131
Nr. 103: Entscheid der Justizkommission vom 10. März 1885 betr. Pacht . . . . . 141
Nr. 107: Urtheil des Obergerichts vom 3. Mai 1884 i. S. Brüder Motta c. Gotthardbahn betr. Haftpflicht der Eisenbahnen . . . . . 150
Nr. 119: Urtheil desselben vom 13. Mai 1885 betr. Forderung aus Ehevermittlung . . . . . 168
Nr. 125: Urtheil desselben vom 22. Mai 1885 betr. Verpfändung indossabler Papiere . . . . . 174
Nr. 126: Urtheil desselben vom 11. April 1885 i. S. J. M. c. J. B. betr. Kauf . . . . . 179

**Nidwalden**: Nr. 184: Urtheil des Kantonsgerichts und des Obergerichts vom 15. Mai und 17. Juni 1886 betr. Kauf von Liegenschaften . . . . . 184

**Zug**: Nr. 137: Urtheil des Kantonsgerichts vom 26. Juni 1886 betr. Verjährung . . . . . 196

**Fribourg**: Nr. 16: Jugement du tribunal cantonal du 11 septembre 1885 d. l. c. M. S. c. M. E. conc. compensation . . . . . 11
Nr. 122: Jugement incident du même du 4 février 1886 d. l. c. Stöcklin c. Plagnol conc. compensation . . 170

**Baselstadt**: Nr. 101: Urtheil des Civilgerichts vom 27. Okt. 1885 i. S. J. G. Schäfer-Oberle c. Ed. Buser-Saladin u. Th. Buser-Spinnler betr. Retentionsrecht . . . . 139

**Baselland**: Nr. 52: Urtheil des Obergerichts vom 22. Januar 1886 i. S. Schneider c. Brunner betr. Schadenersatz 68
Nr. 57: Urtheil desselben vom 29. Januar 1886 i. S. Gürtler c. Brändlin betr. Miethe und Pacht . . . . 75

**St. Gallen**: Nr. 45: Urtheil des Kantonsgerichts vom 16. September 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 55
Nr. 46: Urtheil desselben vom 4. December 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 55
Nr. 47: Urtheil desselben vom 17. September 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 57

Seite.

Nr. 48: Urtheil desselben vom 8. September 1885 betr. Schadenersatz . . . . . 58
Nr. 55: Urtheil desselben vom 16. April 1885 betr. Verpflegungsvertrag . . . . . 71
Nr. 72: Urtheil desselben vom 7. Januar 1885 betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 102
Nr. 73: Urtheil desselben vom 2. December 1885 betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb . . . . . 105

**Aargau**: Nr 24: Urtheil des Obergerichts vom 25. September 1885 betr. Werkvertrag . . . . . 22

**Thurgau**: Nr. 22: Urtheil des Obergerichts vom 25. August 1885 i. S. J. Wüger c. J. Schiegg betr. Retentionsrecht . . . . . 19
Nr. 28: Urtheil desselben vom 28. August 1885 i. S. Brüllmann c. Leihkasse Bischofszell betr. Wechselzeichnung . . . . . 28
Nr. 29: Urtheil desselben vom 30. November 1885 i. S. Wyler c. Waisenamt Frauenfeld betr. Ehehinderniss . 29
Nr. 61: Urtheil desselben vom 27. Januar 1886 i. S. Häberlin c. Manz betr. Werkvertrag . . . . . 80
Nr. 104: Urtheil desselben vom 22. März 1886 i. S. Bourry c. Weder betr. Mandat . . . . . 142
Nr. 106: Urtheil desselben vom 30. April 1886 i. S. Braunschweig c. Bucher betr. Verjährung . . . . 146
Nr. 136: Urtheil desselben vom 23. März 1886 i. S. Leihkasse Meilen c. Joh. Künzli betr. Bürgschaft . . 194
Nr. 143: Beschluss desselben vom 1. Juli 1886 i. S. Pichler c. Conzett betr. Gerichtsstand bei Pressinjurien 206

**Waadt**: Nr. 19: Arrêt du tribunal cantonal des 11/12 novembre 1885 d. l. c. veuve et enfants Spicher c. Union vaudoise du crédit conc. pouvoirs pour agir . . . . 15
Nr. 20: Arrêt du même du 29 septembre 1885 d. l. c. distillerie de Schwyz c. hoirie Delisle conc. droit de rétention . . . . . 17
Nr. 21: Arrêt du même du 24 novembre 1885 d. l. c. Briggen c. Spühler conc. droit de rétention . . . . 18
Nr. 26: Arrêt du même du 16 septembre 1885 d. l. c. Banque populaire de la Broye c. Rabin conc. société en nom collectif . . . . . 25
Nr. 27: Arrêt du même du 24 novembre 1885 d. l. c. Claudine Guillermet c. Bandlé conc. lettre de change . 26

Seite

Nr. 59: Arrêt du même du 15 décembre 1885 d. l. c. Staiger c. Dizerens conc. droit de rétention . . . . 77
Nr. 60: Arrêt du même du 26 janvier 1886 d. l. c. Mangisch c. Gaudin et Niess conc. cautionement donné pour garantie d'un loyer . . . . . 79
Nr. 63: Arrêt du même du 20 janvier 1886 d. l. c. Jost et Lappé c. Titzck et Cie conc. opérations à terme . 84
Nr. 64: Arrêt du même du 13 janvier 1886 d. l. c. Bolomey c. Union vaudoise du Credit con. opérations de bourse à terme . . . . . 86
Nr. 69: Arrêt du même du 14 janvier 1886 d. l. c. Rieben c. Suisse Occidentale-Simplon conc. accident de chemin de fer . . . . . 97
Nr. 120: Jugement du tribunal civil du district d'Aigle du 31 mars 1886 d. l. c. Pittet c. Monerod conc. responsabilité du propriétaire d'un animal . . . . . 168
Nr. 123: Jugement du tribunal cantonal du 10 août 1886 d. l. c. Bottelli c. Schönenweid conc. compensation . 171
Nr. 128: Arrêt du même du 10 août 1886 d. l. c. Bignoni c. Buob conc. vente . . . . . 183
Nr. 134: Arrêt du même des 8/13 avril 1886 d. l. c. Parisot u. Cie c. Chapon conc. société en nom collectif . . 189
Nr. 138: Arrêt du même des 26 mai et 1 juin 1886 d. l. c. Suisse-Occidentale-Simplon c. Paris-Lyon-Méditeranée c. Baud conc. transport par chemin de fer . . . . 197

**Neuchâtel**: Nr. 17: Jugement du tribunal cantonal du 4 mai 1885 d. l. c. hoirs Studer c. Société anonyme des gaz pour la Chaux-de-Fonds conc. action en dommages-intérêts . . . . . 12
Nr. 105: Arrêt du même du 4 mars 1886 d. l. c. Schlesinger & Cie. c. Banque fédérale conc. lettre de change 144
Nr. 133: Arrêt de la cour de cassation civile du 27 février 1886 d. l. c. Collete c. Hunziker conc. représentant commercial . . . . . 188

**Genf**: Nr. 18: Arrêt de la cour de justice civile du 14 septembre 1885 d. l. c. Tamagni c. Henneberg & Cie. conc. action en dommages-intérêts . . . . . 13
Nr. 25: Jugement du tribunal de commerce du 28 mai 1885 d. l. c. Lejeune c. Guillaumet conc. mandat . . 25
Nr. 31: Jugement du tribunal civil du 1 septembre d. l. c. époux Chazelas conc. divorce . . . . . 35

Seite.

Nr. 32: Jugement du tribunal de commerce d. l. c. Cie. Suisse Occidentale et Simplon c. X. & Cie. conc. transport par chemin de fer . . . . . 37
Nr. 34: Jugement du tribunal civil du 19 septembre 1884 d. l. c. Cavussin c. Déléaval conc. le traité franco-suisse du 15 juin 1869 . . . . . 41
Nr. 37: Jugement du tribunal de commerce du 5 octobre 1885 d. l. c. veuve Dürrmeier et Georget c. Brand et Georget conc. succession (traité franco-suisse du 15 juin 1869) . . . . . 49
Nr. 49: Jugement du tribunal civil du 20 novembre 1885 conc. promesse de mariage . . . . . 60
Nr. 50: Jugement du même du 15 décembre 1885 d. l. c. Brun c. Rutty conc. action en dommages-intérêts . . 62
Nr. 51: Jugement du même du 28 mars 1885 d. l. c. veuve Lädermann c. Stössel conc. action en dommages-intérêts . . . . . 64
Nr. 53: Jugement du même du 15 septembre 1885 d. l. c. Degrange c. Monnerat & Senglet conc. compensation 70
Nr. 54: Jugement du même du 31 mars 1885 d. l. c. Julliard c. veuve Violon conc. exception de compensation 70
Nr. 56: Jugement du même du 22 décembre 1885 d. l. c. Vulling c. Vulliens conc. vente . . . . . 74
Nr. 70: Jugement du même du 21. novembre 1885 d. l. c. Rey c. Paris-Lyon-Méditerranée conc. accident de chemin de fer . . . . . 99
Nr. 71: Arrêt de la cour justice civil du 23 novembre 1885 d. l. c. Camps & Cie. c. Pugin conc. la responsabilité civile des fabricants . . . . . 101
Nr. 97: Jugement du tribunal civil du 23 janvier 1886 d. l. c. Grobéty c. Séchaud, Cie. des Tramways et autres conc. novation . . . . . 133
Nr, 98: Arrêt de la cour de justice civile du 1 février 1886 d. l. c. Croisier c. Ville de Genève conc. compensation . . . . . 134
Nr. 100: Arrêt de la même du 4 janvier 1886 d. l. c. Marteray c. Lacroix conc. bail à loyer . . . . . 137
Nr. 109: Jugement du tribunal civil du 18 mars 1886 d. l. c. Giovanna c. Cie. Paris-Lyon-Méditerranée conc. transport par chemin de fer . . . . . 156
Nr. 110: Jugement du même du 25 février 1886 d. l. c. Fontaine c. Forest conc. le traité franco-suisse du 15 juin 1869 . . . . . 157

Seite.

Nr. 121: Jugement du même du 15 août 1885 d. l. c. Morana c. mariés Albrecht conc. diffamation . . . 169
Nr. 124: Arrêt de la cour de justice civile du 1 mars 1886 d. l. c. Penard c. Honegger, Wirth et autres conc. constitution de gage . . . . . 172
Nr. 135: Jugement du tribunal de commerce du 17 juin 1886 d. l. c. Gargantini c. Bourdillon conc. société en nom collectif . . . . . 192
Nr. 139: Jugement du tribunal civil du 5 mars 1886 d. l. c. Lemoigne c. Suisse Occidentale conc. accident de chemin de fer . . . . . 199
Nr. 140: Jugement du tribunal de commerce du 8 juillet 1886 d. l. c. société des auteurs & compositeurs de musique c. Kling conc. la propriété littéraire et artistique 201
Nr. 141: Jugement du même du 1 juillet 1886 d. l. c. Donque c. Lacôme conc. la propriété litteraire et artistique . . . . . 202

E. J. C.
3/2/10

36

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

V. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

Ve Volume.

**Basel.**
C. Detloff's Buchhandlung.
1887.

# Revue

der

# Gerichtspraxis im Gebiete

des

# Bundescivilrechts.

V. Band.

---

# Revue

de la

# jurisprudence en matière

de

# droit civil fédéral.

Ve Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band VI.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1887.

MAR 8 1910

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes. Unstatthaftigkeit desselben gegen Zwischenurtheile.*

Gegen Urtheile, durch welche nicht die Hauptsache materiell erledigt, sondern blos über ein einzelnes der Klage entgegengestelltes Vertheidigungsmittel, eine einzelne Einrede, entschieden wird (sog. Zwischenurtheile), ist das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes nach Art. 29 leg. cit. nicht statthaft.[1]) (Entsch. v. 22. October 1886 i. S. Waldkirch c. Schenker.)

2. *Art. 30 Abs. 4 B.-Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 243 ff. O.-R. Gewährleistung wegen Mängeln der Kaufsache. 1. Beweis der vertragsmässigen Qualität, Beweislast; 2. Interpretation von Willenserklärungen resp. Vertragsurkunden; inwieweit ist das B.-Ger. zur Nachprüfung diessfälliger Entscheidungen der kant. Gerichte befugt? 3. Beweisanerbieten vor B.-Ger. gegen thatsächliche Feststellungen der kant. Gerichte.*

G. in Zürich hatte von F. in Prag eine gewisse Quantität „prima Kartoffelsprit" gekauft, dieselbe aber bei Ankunft in Z. nicht angenommen, sondern dem Verkäufer wegen vertragswidriger Beschaffenheit zur Verfügung gestellt. Vom Handelsgericht auf Klage des Verkäufers F. zur Abnahme und Bezahlung des Sprits verurtheilt, weil die Waare vertragsgemäss, d. h. wenn auch nicht absolut prima Kartoffelsprit, doch „prima Kartoffelsprit, Marke F." sei, zog G. die Streitigkeit an das Bundesgericht, indem er sich auf Zeugen und Expertise dafür berief, dass die gelieferte Waare nicht prima Kartoffelsprit sei. Aus der Begründung des Bundesgerichtsurtheils ist Folgendes hervorzuheben:

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht. N. F. Bd. III. S. 166 ff.

1. Dem Kläger F. liegt der Beweis für die Empfangbarkeit der Waare ob; denn er hat zu beweisen, dass er seinerseits den Vertrag erfüllt, vertragsmässig geliefert habe. Bei Prüfung der Frage, ob dieser Beweis mit Recht als geleistet angesehen worden sei, ist festzustellen, dass das Bundesgericht, welches gemäss Art. 30 Organisationsges. an den vom kantonalen Gerichte festgestellten Thatbestand gebunden ist, nur zu untersuchen hat, ob Grundsätze des eidg. Privatrechtes unrichtig angewendet worden seien.

2. Das Handelsgericht nimmt nun an, dass die Kontrahenten lediglich prima Kartoffelsprit der Marke F., wie solcher zur Zeit des Vertragsabschlusses bekannt gewesen sei, im Auge gehabt haben. Dieser Entscheid beruht auf einer aus einer Reihe thatsächlicher Momente gezogenen Schlussfolgerung auf die Willensmeinung der Parteien beim Vertragsabschlusse. Das Handelsgericht führt aus, dass an und für sich, abstrakt genommen, unter dem Ausdruck prima Kartoffelsprit allerdings diejenige Waare der genannten Gattung verstanden werden müsste, welche von Allen, die es gebe, die beste sei. Allein die begriffliche Bedeutung des Vertragsausdruckes sei nur ein, wenn auch wohl regelmässig das bedeutendste, Auslegungsmittel des Vertrages. Im vorliegenden Falle führen die konkreten Verhältnisse, die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände zu einer andern Auffassung. Den Parteien, als Kaufleuten der fraglichen Branche, seien die Verhältnisse des Sprithandels ohne Zweifel bekannt gewesen, speziell habe der Käufer, der seit Jahren Abnehmer der Kläger gewesen sei, deren Fabrikationsweise gekannt. Im Sprithandel sei es nun üblich, die Waare nach dem Produktionsland zu unterscheiden, und die Sprite verschiedener Provenienzen haben verschiedene Preise. Der Pragersprit stehe regelmässig erheblich tiefer im Preise als z. B. der Berlinersprit. Einzelne Börsen, wie z. B. die Basler, unterscheiden in ihren Notirungen weiterhin zwischen den Fabrikaten verschiedener Firmen des gleichen Produktionsplatzes, z. B. bei Prag zwischen Sprit von der Marke F. und solchem von der Marke L. Bei der Vertragseinleitung habe der Beklagte selbst gegenüber dem klägerischen Vertreter die von ihm gewünschte Waare als prima Fischlsprit bezeichnet. Es sei daher zwischen den Parteien stillschweigend einverstanden gewesen, dass das Primaprodukt der klägerischen Fabrik zu liefern sei. In diesen Ausführungen kann ein Rechtsirrthum nicht gefunden werden. Dieselben beruhen nicht

auf unrichtiger Anwendung von Auslegungsregeln des objektiven Rechts oder sonstiger Rechtssätze des Privatrechts.[1]) Sie nehmen zum Zweck der Feststellung des Parteiwillens in durchaus zulässiger und richtiger Weise auf die thatsächliche Geschäftsübung im Handelsverkehr Bezug, welche bei Geschäften zwischen sachkundigen Kaufleuten ein wichtiges Interpretationsmittel bildet, da im Zweifel gewiss anzunehmen ist, dass gemäss der bestehenden Geschäftsübung contrahirt sei.

3. Die Aktenvervollständigungsbegehren, welche auf Widerlegung der thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gerichtet sind, sind gemäss dem cit. Art. 30, Abs. 4 Organisationsges. unstatthaft.[2]) (Entsch. vom 8. October 1886 i. S Gröner c. Fischl.)

---

3. *Verhältniss des B.-Ges. über das Obligationenrecht zum kantonalen Recht. Finden die allgemeinen Bestimmungen des O.-R. auf erbrechtliche Rechtsgeschäfte Anwendung?*[3])

Die Gültigkeit von Erbverträgen, wie aller erbrechtlichen Rechtsgeschäfte überhaupt, richtet sich ausschliesslich nach kantonalem Recht; die Regeln des eidg. Privatrechts, speziell die allgemeinen Bestimmungen des eidg. O.-R., finden auf dieselben überall keine Anwendung. (Entsch. v. 12. November 1886 i. S. Erben Nussbaumer c. Nussbaumer.)

---

4. *Verhältniss des B.-Ges. über das Obligationenrecht zum kantonalen Rechte; insbesondere Bedeutung und Tragweite des in Art. 130 O.-R. enthaltenen Vorbehaltes des kantonalen Rechts für die grundversicherten Forderungen. Novation solcher Forderungen durch Schuldübernahme.*

Das O.-R. enthält, sofern nicht ganz unzweideutig etwas anderes bestimmt ist (wie beispielsweise im Art. 896 O. R.), absolut und nicht nur subsidiär gemeines Recht für die ganze Eidgenossenschaft. Soweit inhaltlich sein Geltungsgebiet reicht, gilt es unbedingt und nicht nur dann, wenn die kantonale Gesetzgebung keine oder keine besonderen Bestimmungen

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. II. S. 69 f. N° 61; Bd. IV, N° 80.

[2]) Vgl. diese Revue Bd. III. S. 6 N° 6.

[3]) Vgl. Art. 76 O.-R. und Art. 3 Abs. 2 B.-Ges. über die Handlungsfähigkeit. Schneider und Fick, Commentar, 2. Aufl., Anm. 4 zu Art. 10 und Hafner, Textausg. des O.-R. Art. 10 Anm. 3 und Art. 76 Anm. 3.

enthält; die kantonale Gesetzgebung kann das Gebiet seiner Wirksamkeit weder ausdehnen noch einschränken.[1]) Es ist daher in der Regel nicht anzunehmen, dass die Anwendbarkeit von Bestimmungen des O.-R. auf gewisse Materien vom Bestehen oder Nichtbestehen kantonalgesetzlicher Spezialbestimmungen über dieselben abhänge, und daher je nach dem Stande der einzelnen kantonalen Gesetzgebungen für den einen Kanton zu bejahen, für den andern zu verneinen sei. Wenn daher Art. 130 das kantonale Recht bezüglich des Erlöschens hypothekarisch versicherter Forderungen vorbehält, so bezieht sich dies nicht nur auf speziell bloss die Erlöschung grundversicherter Forderungen betreffende kantonale Gesetzesbestimmungen, sondern auf das gesammte, für das Erlöschen solcher Forderungen bisher massgebende allgemeine und spezielle kantonale Recht, und es lassen also die Bestimmungen des III. Titels des O.-R., welche vom Erlöschen der Obligationen, insbesondere von der Compensation, von der Aufhebung, Neuerung und Vereinigung, von der Unmöglichkeit der Erfüllung und der Verjährung handeln, das Recht über grundversicherte Forderungen, d. h. das seitherige hierüber geltende kantonale Recht, nicht nur die „besonders" darüber existirenden Bestimmungen, unverändert bestehen. Hiefür spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 130, sondern auch bei dem innern Zusammenhange und der wechselseitigen Bedingtheit der allgemeinen und speziellen Gesetzesbestimmungen, die Natur der Sache. Daraus, dass in Art 146 Abs. 3 O.-R. noch speziell bestimmt wird, die Verjährung grundversicherter und anderer Ansprüche, die das kantonale Recht regle, unterliege den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht, kann ein Schluss gegen die hier vertretene Auslegung des Art. 130 cit. nicht gezogen werden. Art. 146 Abs. 3 enthält vielmehr, soweit er von grundversicherten Forderungen spricht, einfach eine Einzelanwendung des allgemeinen Grundsatzes des Art. 130 auf einen speziellen Erlöschungsgrund. Handelt es sich also darum, ob Jemand von einer hypothekarischen Forderung infolge privativer, vom Gläubiger genehmigter, Schuldübernahme durch einen Dritten befreit sei, bezw. ob diese Forderung dem Beklagten gegenüber durch Neuerung untergegangen sei, also um eine Frage des Erlöschens einer grundversicherten Forderung, so ist das Bundesgericht,

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. V. S. 73 f. und Hafner, Textausgabe des O.-R. Einleitung S. XVI Anm. * u. S. XXI ff.

da nach dem Bemerkten nicht eidgenössisches sondern kantonales Recht hiefür massgebend ist, nicht kompetent. (Entsch. v. 8. October 1886 i. S. Leihkasse Zurzach c. Dölker.)

---

5. *Verhältniss des eidg. O.-R. zum kantonalen Recht. Können kantonalgesetzliche Bestimmungen, wonach der Faustpfandgläubiger sich ausschliesslich an das Pfand zu halten hat, neben dem O.-R. noch fortbestehen? Inwiefern ist wegen Verletzung von Bestimmungen des eidg. O.-R. durch kantonale Urtheile der staatsrechtliche Rekurs an das B.-Ger. zulässig?*

Am 22. Dezember 1884 entlehnte B. in Sch., Ct. Schwyz, bei den Geschwistern G. in Glarus Fr. 2,000 und verpfändete für dieses Darleihen einen Schuldtitel. Letzterer wurde später auf Begehren der Gläubiger amtlich versilbert und von denselben um Fr. 100 erstanden. Die Klage der G. auf Bezahlung der restirenden Fr. 1,900 wiesen die schwyz. Gerichte ab, weil nach Art. 43 Abs. 1 der schwyz. Schuldenruf- und Gantordnung die Gläubiger sich mit der Hinterlage bezahlt zu machen haben, sofern nicht ausdrücklich noch persönliche Haftbarkeit des Schuldners bedungen sei, und diese Gesetzesbestimmung, weil mit dem schweiz. O.-R. nicht im Widerspruch, noch in Kraft bestehe. Der von den Geschwistern G. gegen diesen Entscheid ergriffene staatsrechtliche Rekurs wurde vom B.-Gericht begründet erklärt.

Motive: 1. Das Bundesgericht hat constant dahin entschieden, dass ein staatsrechtlicher Rekurs wegen unrichtiger Anwendung privatrechtlicher Bestimmungen eidg. Gesetze speziell des eidg. O.-R. unstatthaft sei, und an diesem Grundsatz ist durchaus festzuhalten. Es muss sich daher fragen, inwiefern in casu ein staatsrechtlicher Rekurs zulässig sei. Darüber ist zu bemerken: die Rekurrentinnen stellen in erster Linie darauf ab, dass es sich hier um die Frage handle, ob eidgenössisches oder kantonales Recht anwendbar sei. Diese Frage aber sei staatsrechtlicher Natur. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob diese Anschauung dann zutrifft, wenn die Rechtsanwendung von der Auslegung einer, verschiedener Auffassung fähigen eidgenössischen Privatrechtsnorm abhängt (s. im verneinenden Sinn bundesger. Entsch. in S. Wettli vom 11. September 1885, A. Slg. XI S. 260 ff.).[1]) Dagegen ist dann jedenfalls ein staatsrechtliches Prinzip verletzt, wenn durch kantonale Ent-

---

[1]) Diese Revue Bd. IV. N° 8; s. auch Bd. II. N° 1.

scheidungen ausdrücklich oder thatsächlich (durch Nichtanwendung von Normen des eidgenössischen Rechts auf Fälle, die offenbar von demselben beherrscht werden), die derogatorische Kraft der Bundesgesetze gegenüber dem kantonalen Rechte verneint und damit der Grundsatz, dass Bundesrecht dem Kantonalrechte vorgeht (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung), faktisch negirt wird.

Dies ist aber hier unzweifelhaft der Fall. Es kann in der That doch nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, dass die Frage, ob der Faustpfandschuldner für die Forderung persönlich haftet oder ob der Gläubiger sich hier ausschliesslich an das Pfand als Haftobjekt halten muss, eine Frage des materiellen Privatrechtes und keineswegs eine nach Art. 223 O.-R. der kantonalen Gesetzgebung vorbehaltene Frage der Exekution ist. Ebenso ist völlig klar und bedarf einer weitern Erörterung nicht, dass nach dem O.-R. das Faustpfandrecht lediglich ein akzessorisches Recht ist, so dass der Schuldner, auch wenn er ein Faustpfand bestellt hat, persönlich mit seinem ganzen Vermögen für die Erfüllung haftet. (Entsch. vom 22. Oktober 1886 i. S. Gerig c. Bruhin.)

---

6. *Art. 3 und 5 O.-R. Verbindlichkeit der gesetzten Annahmefrist für den Antragsteller; Erlöschen derselben; Unstatthaftigkeit des Widerrufs.*

Nach Art. 3 und 5 O.-R. ist, abgesehen vom Falle des Art. 6 ibidem, ein Antrag, nach seinem Eintreffen beim Adressaten, während der (gewillkürten [1]) oder gesetzlichen) Annahmefrist für den Antragsteller verbindlich. Der Antragsteller kann denselben während der Annahmefrist nicht wirksam widerrufen, da eben das Gesetz dem (an seine Adresse gelangten) Antrage einseitig bindende Kraft beilegt. Mit dem unbenützten Ablaufe der Annahmefrist dagegen erlöscht der Antrag von selbst (ipso jure); er wird nicht etwa nur widerruflich, sondern ist überhaupt dahingefallen, so dass er, ganz abgesehen davon, ob ein Widerruf erfolgt oder nicht, nicht mehr wirksam angenommen werden kann. Wenn daher beim Einlangen der Annahmeerklärung eines Antrags die Annahmefrist für die Offerte noch nicht abgelaufen, so ist der inzwischen erfolgte Widerruf des Antragstellers wirkungslos;

---

[1]) Welche, wie das Urtheil unter Verweisung auf die Entscheidung i. S. Guhl c. A. Schmid & Cie. (Amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. XI. S. 207) ausdrücklich ausspricht, auch stillschweigend gesetzt werden kann.

ist dagegen im Zeitpunkt des Eintreffens der Annahmeerklärung beim Antragsteller die Annahmefrist bereits verstrichen, so war der Antrag ohne weiteres dahingefallen und der Widerruf überflüssig. (Entsch. v. 23. October 1886 i. S. Widmer c. Leihkasse Hohenrain.)

---

7. *Art. 24 O.-R. Anfechtung eines Vertrags wegen Betrugs. Beweis des Kausalzusammenhangs; Beweislast.*

Dem Betrogenen darf, wenn sich die Täuschung auf eine für den Geschäftsabschluss nach allgemeiner Verkehrsanschauung erhebliche Thatsache bezieht, nicht noch ein besonderer, in der Regel kaum zu erbringender Beweis dafür aufgebürdet werden, dass er auch wirklich durch die betrügerische Vorspiegelung zum Geschäftsabschlusse verleitet worden sei, d. h. nicht auch ohne dieselbe den Vertrag abgeschlossen hätte (vrgl. Ihering, Lucca-Pistoja Aktienstreit, in Vermischte Schriften S. 317 u. ff.). Wenn daher eine Entscheidung lediglich darauf beruhen würde, die Partei, welche die Verbindlichkeit eines Vertrags wegen Betrugs anficht, habe den Nachweis, dass die Täuschung sie zum Vertragsschlusse verleitet habe, nicht erbracht, so läge ein Rechtsirrthum vor. Stellt aber das kantonale Gericht positiv als erwiesen fest, dass die angeblich betrogene Partei auf die während der Vertragsunterhandlungen vom Beklagten gemachten wissentlich falschen Angaben kein massgebendes Gewicht gelegt habe,[1]) sondern dass sie zum Vertragsabschlusse durch ihre eigene Prüfung der Verhältnisse bewogen worden sei, so fehlt es in der That an dem erforderlichen Kausalzusammenhange zwischen der betrügerischen Handlungsweise der andern Partei und dem Vertragsschlusse. Denn jene Feststellung ist thatsächlicher Natur und daher für das Bundesgericht verbindlich. (Entsch. v. 15. October 1886 i. S. Schirach c. Lobenstein.)

---

8. *Art. 279, 292 und 310 O.-R. Rechte des Vermiethers gegen den Miether, welcher die Erfüllung des Miethvertrages grundlos verweigert. Kommt Art. 292 Abs. 2 in solchem Falle analog zur Anwendung?*

Sch. hatte an L. seinen Gasthof für fünf Jahre um einen jährlichen Pachtzins von 10,000 Fr. verpachtet. L. trat aber die Pacht nicht an, weil er die Verbindlichkeit des Vertrages

---

[1]) In casu über die Rendite eines Gasthofes in den letzten Jahren.

bestritt und zwischen Abschluss des Pachtvertrages und Antritt des Pachtobjektes einen anderen Gasthof gepachtet und bezogen hatte. Sch. belangte nun den L. auf Bezahlung einer Entschädigung von Fr. 5,000 unter Berufung auf Art. 292 O.-R. (vor B.-G. auf Art. 310 O.-R.). Das kantonale Obergericht sprach dem Sch. jedoch nur eine Entschädigung von Fr. 500 zu und das Bundesgericht bestätigte das Urtheil. Gründe[1]): Art. 292 — und das Gleiche muss auch für Art. 310 gelten — bezieht sich zwar nicht bloss auf bereits angetretene Miethverhältnisse; allein diese Gesetzesbestimmung trifft in concreto desshalb nicht zu, weil der Beklagte den Vertrag nicht wegen „wichtiger Gründe" gekündigt, sondern dessen Erfüllung einfach verweigert hat. Angesichts dieser Haltung des Beklagten hätte der Kläger offenbar auf Vertragserfüllung bezw. auf Zahlung des stipulirten Pachtzinses klagen können (Art. 279 O.-R.), sofern er die Miethsache zur vertragsmässigen Benutzung für den Beklagten bereit hielt. Allein er hat dies nicht gethan, sondern, indem er auch seinerseits vom Vertrag zurücktrat, einfach auf Schadenersatz geklagt. Dass nun in der Feststellung dieser nach den allgemeinen Grundsätzen des Art. 110 ff. O.-R. zu beurtheilenden Schadensersatzforderung auf Fr. 500 ein Rechtsirrthum liege, ist nicht ersichtlich[2]). (Entsch. vom 15. Oktober 1886 i. S. Schirach c. Lobenstein.)

---

9. *Art 349, Art. 338 ff. O.-R. Wird das Verhältniss der kantonalen Beamten zum Staate vom eidg. O.-R. beherrscht? Ist der Entscheid der Staatsbehörde, durch welchen ein Beamter von seiner Stelle im Disciplinarwege abberufen wird, für den Civilrichter, bei welchem die Besoldung resp. eine Entschädigung von dem abberufenen Beamten eingeklagt wird, massgebend? Rechtliche Natur des Beamtenverhältnisses.*

L. war durch den Staatsrath von Neuenburg auf dem Disciplinarwege von seiner Stelle als Kantonsingenieur ab-

---

[1]) Die Gründe, aus welchen der Vertrag als für L. verbindlich erklärt wurde, siehe oben N° 7.

[2]) Eine Minderheit (3 von 7 Stimmen) wollte die Klage in vollem Umfange gutheissen, „weil die Konsequenz erfordere, dass der Verpächter, wenn er bei grundloser Weigerung des Pächters, den Pachtvertrag zu erfüllen, auch seinerseits nicht auf der Erfüllung beharre, sondern, was zudem offenbar für den Pächter das Günstigere sei, nur sein Interesse einklage, nicht schlechter gehalten werde, als im Falle des Art. 310 resp. 292 O.-R."

berufen worden. Derselbe belangte nun den Kanton auf Entschädigung, weil seine Abberufung eine ungerechtfertigte gewesen sei, und stützte seine Klage in rechtlicher Hinsicht auf Art. 338 ff., speziell Artikel 346 Abs. 3 des eidg. O.-R., eventuell auf die Bestimmungen des neuenb. bürgerl. Gesetzbuches über die Dienstmiethe. Den Motiven des bundesgerichtlichen Urtheils, welches ausführt, einerseits dass L. als Kantonsingenieur Beamter des Kts. N. gewesen sei, seine Verrichtungen den Character der öffentlichen Amtsthätigkeit getragen haben und er daher in einem staatsrechtlichen Verhältnisse zum Kanton N. gestanden sei, und anderseits dass das neuenb. Recht den abberufenen Beamten, mit einziger Ausnahme der Lehrer, keinen Entschädigungsanspruch gewähre, entheben wir folgendes:

1. Das eidg. O.-R. regiert nur privatrechtliche Verhältnisse, und es ist dies bezüglich des Dienstvertrages in Art. 349 noch ausdrücklich gesagt, indem dort das öffentliche Recht des Bundes und der Kantone für die öffentlichen Beamten und Angestellten ausdrücklich vorbehalten wird. Dieser Vorbehalt könnte, weil selbstverständlich, überflüssig erscheinen. Er erklärt sich aber wohl daraus, dass nicht sämmtliche Angestellte des Bundes und der Kantone öffentliche Angestellte derselben sind, d. h. als Organe der Staatsgewalt in einem staatsrechtlichen Verhältnisse zum Bund oder Kanton stehen, sondern letztere in ihrer Eigenschaft als Subjecte des Privatrechtes auch solche Angestellte haben können, welche, da ihre Funktionen mit den Staatsinteressen in keinem Zusammenhange sich befinden, lediglich in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu ihnen stehen und welche denn auch regelmässig in der Form eines Privatrechtsgeschäftes, des Dienstmiethvertrages, angestellt werden. Auf das Verhältniss dieser Angestellten kommt nun nicht mehr das kantonale Recht, sondern das eidg. O.-R. zur Anwendung.

2. Allerdings ist das Beamtenverhältniss nicht rein staatsrechtlicher, sondern staatsrechtlich-privatrechtlich gemischter Natur. Es hat seine staatsrechtliche und seine privatrechtliche Seite. Privatrechtlicher Natur sind nämlich die Vermögensansprüche der Beamten, indem diese Ansprüche ihnen nicht im öffentlichen, sondern in ihrem privaten Interesse gewährt werden. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die staatsrechtliche Seite die vorherrschende, die privatrechtliche Seite, der Anspruch auf Gehalt, dagegen die untergeordnete Seite des Amtes ist, und dass dieser Anspruch, gleich wie die staatsrechtliche Seite der Amtspflichten und Amtsbefug-

nisse (wenigstens in der Regel) nicht auf Vertrag, sondern lediglich auf dem Gesetze und zwar auf einem Gesetze des öffentlichen Rechtes beruht. Die rechtmässige Beendigung des Beamtenverhältnisses muss daher nothwendig den Verlust des Gehaltes nach sich ziehen. Die Beendigung dieses Verhältnisses erfolgt nun regelmässig nicht durch Vertrag, sondern ist durch das objektive öffentliche Recht geregelt, indem auch in dieser Hinsicht die öffentlichen Staatsinteressen massgebend sind (während allerdings für die privatrechtlichen Erlöschungsgründe der privatrechtlichen Verpflichtung, wie insbesondere die Zahlung, die betreffenden Bestimmungen des eidg. O.-R. gemäss Art. 76 ibidem zur Anwendung kommen).

3. Dem öffentlichen Recht des Kantons Neuenburg ist nun die disciplinäre Entlassung der Beamten wegen pflichtwidrigen Verhaltens oder Unfähigkeit zur gehörigen Erfüllung der amtlichen Pflichten bekannt als Beendigungsgrund des Staatsdienstverhältnisses. Und zwar erstreckt sich dieser Beendigungsgrund des Staatsdienstes auf alle Beamten mit einziger Ausnahme der Mitglieder des Staatsrathes. Bezüglich der einzelnen Beamten besteht aber insofern ein Unterschied, als die richterlichen Beamten nur durch gerichtliches Urtheil abberufen werden können, während die Abberufung der übrigen Beamten dem Staatsrathe zusteht.

4. Es ist nun allerdings die Ansicht schon vertreten worden, dass, da die Klage auf die Besoldung eine Privatrechtsklage sei, der Richter, wenn die Besoldung eingeklagt werde, zu untersuchen habe, ob die Voraussetzungen für eine disciplinäre Entlassung vorhanden gewesen seien, und dass er für den Fall, als er diese Frage verneine, dem entlassenen Beamten trotz seiner Enthebung die Besoldung zuzusprechen habe. Allein diese Ansicht kann nicht gebilligt werden, denn wenn auch nicht geleugnet werden kann, dass wenigstens nach der deutschen Rechtssprechung, im Gegensatz zu der französischen, der Civilrichter im Allgemeinen befugt ist, über präjudizielle Rechtsverhältnisse nicht bloss privatrechtlicher, sondern auch öffentlichrechtlicher Natur zu entscheiden, also auch öffentlichrechtliche Vorfragen, welche für die Entscheidung einer civilrechtlichen Klage von präjudizieller Wirkung sind, zu lösen, so kann doch eine solche Competenz des Civilrichters für Fälle der vorliegenden Art nicht als begründet erachtet werden, sondern muss der Entscheid derjenigen Behörde, welche innerhalb ihrer Zuständigkeit und auf dem gesetzlichen Wege die Amtsenthebung ausgesprochen hat, für den Civilrichter massgebend sein. Es ist klar, dass die Staatsbehörde und die

Civilgerichte in der Beurtheilung der Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, auseinander gehen, und die Gerichte, abweichend von der Disciplinarbehörde, annehmen könnten, gewisse zur Begründung der Entlassung angeführte Thatsachen seien nicht erwiesen oder nicht so geartet, dass sie eine Amtsenthebung rechtfertigen. Damit wäre nothwendig ausgesprochen, dass die Amtsenthebung auch verwaltungsrechtlich sich nicht rechtfertige, und die logische Consequenz müsste sein, dass die betreffende Verfügung aufgehoben und der entlassene Beamte wieder in sein Amt eingesetzt würde. Man hat nun aber daraus, dass das Staatsdienstverhältniss vorwiegend öffentlich-rechtlicher Natur und die privatrechtliche Seite derselben die untergeordnete ist, überall den richtigen Schluss gezogen, dass die Civilgerichte an die Verfügung der Staatsbehörde, Gericht oder Verwaltungsbehörde, durch welche die Suspension, die Versetzung in den Ruhestand oder die Amtsenthebung ausgesprochen worden, gebunden seien, und die Frage, ob die Voraussetzungen für eine solche Massnahme vorhanden gewesen seien, bei Anlass der Privatrechtsklage auf die Besoldung nicht noch einmal und selbständig prüfen dürfen. In solchen Fragen gebührt der Natur der Sache nach der definitive, auch für den Privatrechtsanspruch massgebende Entscheid derjenigen Behörde, welche durch die Gesetzgebung zur Wahrung des öffentlichen Interesses berufen ist, und zweifellos entspricht diese Auffassung der neuenburgischen Gesetzgebung.

5. Dagegen kann nicht bezweifelt werden und ist vom Bundes-Gericht auch wiederholt anerkannt worden, dass die Civilgerichte kompetent sind, über die vermögensrechtlichen Folgen einer nicht im objectiven öffentlichen Recht begründeten Amtsenthebung, z. B. einer disciplinären Entlassung, wo solche gesetzlich nicht zulässig ist, oder der nicht im Disciplinarwege verfügten Entlassung, bezw. einer nicht von der zuständigen Behörde, oder aus einem gesetzlich ausgeschlossenen Grunde ausgesprochenen disciplinären Entlassung zu entscheiden.

6. Endlich wären die Civilgerichte auch kompetent, eine Entschädigungsklage zu beurtheilen, welche darauf gestützt würde, dass die Mitglieder des Staatsrathes bei der Amtsenthebung des L. dolos oder culpos ihre Amtspflichten verletzt haben. Eine solche Klage würde aber, wenn sie gegen den Kanton gerichtet werden wollte, den Nachweis erfordern, dass nach neuenburgischem Rechte der Staat für den von seinen Beamten bei Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen ver-

ursachten Schaden haftet.[1]) (Entscheid vom 1. October 1886 i. S. Ladame c. Neuenburg.)

---

10. *Art. 422 und 426 O.-R. Begriff des Prokuristen und des Handlungsbevollmächtigten; Umfang der Vollmacht des letztern. Ist der Handlungsbevollmächtigte einer Leihkasse befugt, Schuld-erneuerungsverträge abzuschliessen?*

In einem Falle war streitig, ob der Cassier einer Spar- und Leihkasse, welche wesentlich Darleihensgeschäfte betreibt, berechtigt gewesen sei, einen Schulderneuerungsvertrag abzuschliessen. Das kantonale Gericht hatte die Frage bejaht, weil der Cassier Prokurist sei.[2]) Das Bundesgericht sprach sich folgendermassen aus: Es ist zweifelhaft, ob der Cassier Prokurist des klägerischen Instituts sei. Denn es ergibt sich aus dessen Statuten nicht, dass er, wie dies Art. 422 O.-R. erfordert, ermächtigt war, „per procura die Firma zu zeichnen", und auch der Eintrag im Handelsregister sagt nur, dass im gewöhnlichen Geschäftsverkehr die verbindliche Unterschrift für die Klägerin führe „der Präsident der Direction. . . . ferner der Cassier und in dessen Abwesenheit oder Verhinderung der Buchhalter per procura." Dagegen ist der Cassier als Handlungsbevollmächtigter im Sinne des Art. 426 zu betrachten und er gilt daher als ermächtigt, alle zum gewöhnlichen Betriebe des klägerischen Geschäfts gehörigen Rechtshandlungen in für die Klägerin verbindlicher Weise abzuschliessen. Zum gewöhnlichen Betriebe eines Bankgeschäftes von der Art des klägerischen gehört auch der Abschluss von Schulderneuerungsverträgen, so dass der Cassier nach dem für den Umfang seiner Vollmacht Dritten gegenüber einzig massgebenden Eintrage im Handelsregister als zu deren Abschluss bevollmächtigt gilt, mag er auch immerhin nach den für den inneren Geschäftsverkehr der Anstalt massgebenden reglementarischen Bestimmungen an die vorherige Einholung eines Beschlusses der Direction gebunden sein. Hievon könnte nur dann abgegangen werden, wenn dem Beklagten der Einwand der Arglist entgegenstünde. (Entsch. v. 8. October 1886 i. S. Leihkasse Zurzach c. Dölker.)

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. IV. N° 39 und 82.

[2]) Siehe das Urtheil der Appellationskammer des zürch. Obergerichts in „Schweizer Blätter für handelsgerichtl. Entscheidungen" Jahrgang 1886 S. 204 ff.

11. *Art. 839, 762 ff., 813 Abs. 2 und Art. 70 ff. O.-R. 1. Wirkung der Acceptation und Zahlung einer Anweisung an Ordre durch den Angewiesenen für das Verhältniss zwischen demselben und dem Aussteller. Inwiefern hat der Angewiesene, welcher auftragswidrig acceptirt und bezahlt hat, an den Aussteller einen Anspruch auf den Gegenwerth? 2. Kann der Acceptant, welcher am Verfalltage zugleich Indossatar ist, Protest mangels Zahlung gegen sich selbst erheben?*

B stand mit der Bank in L. in Contocorrentverkehr und bediente sich bei seinen Abgaben der „Anweisung an Ordre". Am 29. October 1884 stellte er eine solche Anweisung auf die Klägerin zu Gunsten J. Sch. per 31. Januar 1885 aus, welche wiederholt indossirt, am 5. November vom dritten Indossatar der Bank in L. zur Annahme vorgewiesen und von letzterer, entgegen der ihr im Jahre 1879 von B. ertheilten Weisung, „nur solche Chèques zu bezahlen, welche er ihr avisirt habe," acceptirt wurde. Nachdem am 24. November 1884 der Anweisungsempfänger J. Sch. gestorben und über seinen Nachlass das öffentliche Inventar bewilligt worden war, verbot B. der Bank in L., an welche am 27. Januar 1885 die Anweisung von einem frühern Indossatar indossirt worden war, am 28. Januar die Einlösung derselben unter Berufung auf die ihr im Jahr 1879 ertheilte Weisung. Die Bank beachtete jedoch dieses Verbot nicht. B., welcher festgestelltermassen nicht Schuldner, sondern Gläubiger des Anweisungsempfängers J. Sch. war, bestritt nun der Bank das Recht, ihn mit der betreffenden Summe zu belasten, allein er wurde vom Bundesgericht zur Zahlung verpflichtet.

Gründe: Die Anweisung an Ordre ist nach Art. 839 O.-R. ein durch Indossament übertragbares Papier, aus welchem, wie beim gezogenen Wechsel, jeder Indossatar gegen den Aussteller selbständige, durch Einreden aus der Person seines Vormannes nicht zu entkräftende, Rechte erwirbt, welche im Wege des springenden Regresses geltend gemacht werden können. Es ist nun unzweifelhaft, dass der Beklagte als Aussteller den Indossataren, für den Fall der Nichthonorirung der Anweisung, gesetzlich regresspflichtig war, und zwar konnte er, nach der Regel des springenden Regresses, unmittelbar vom letzten Indossatar belangt werden. Dadurch, dass die Bank die Anweisung acceptirte und infolge dessen bei Verfall einlöste, ist also der Beklagte von einer gesetzlichen Verpflichtung, von der Verpflichtung zur Bezahlung der Regresssumme, befreit worden. Wenn ihm nun diese Befreiung zu Gute käme, ohne dass er dem zahlenden Ac-

ceptanten Deckung zu leisten hätte, so würde er dadurch auf Kosten des letztern ungerechtfertigt bereichert (Art. 70 u. ff. O.-R.). Dass er für die Anweisung vom Anweisungsempfänger einen Gegenwerth nicht empfangen, sondern diesem creditirt hatte, ändert hieran nichts. Denn eine Bereicherung liegt auch in der Befreiung von einer gesetzlichen Verpflichtung.[1]) Die Voraussetzungen der wechselrechtlichen Bereicherungsklage des Art. 813 Abs. 2 und 3 liegen freilich, da es sich nicht um eine Bereicherung zufolge Verjährung oder Präjudicirung eines Wechsels bezw. einer Anweisung handelt, nicht vor, wohl aber die allgemeinen civilrechtlichen Voraussetzungen einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es müsste übrigens, nach dem Dargelegten, in der Acceptation und Zahlung durch die Klägerin auch eine nützliche Geschäftsbesorgung ohne Auftrag für den Beklagten im Sinne des Art. 472 O.-R. gefunden werden. Denn es ist klar, dass die Klägerin dabei im Interesse und für Rechnung des Beklagten handelte. Wenn der Beklagte einwendet, dass möglicherweise die Indossatare ihren Regress gegen den Anweisungsempfänger J. Sch. genommen hätten, und dass er dann einen weitern Regressanspruch des Sch. durch Einreden hätte eludiren können, so kann hierauf nichts ankommen. In der durch die Zahlung oder die Acceptation bewirkten Befreiung des Beklagten von seiner gesetzlichen Regresspflicht gegenüber den Indossataren der Anweisung muss eine Bereicherung desselben, bezw. eine nützliche Geschäftsbesorgung für ihn insolange erblickt werden, als er nicht positiv nachweist, dass er auch ohne die Zahlung oder Acceptation von seiner Verpflichtung ohne Aufopferung seinerseits befreit worden wäre. Uebrigens ist evident, dass es nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen zum mindesten äusserst unwahrscheinlich ist, dass der Anweisungsinhaber seinen Regress gegen die Masse des verstorbenen Anweisungsempfängers Sch. und nicht gegen den völlig solventen Aussteller genommen hätte.

Zur Unterstützung dieser Entscheidung mag noch auf folgendes hingewiesen werden: Die Bank in L. war durch Indossament vor Verfall legitimirte Inhaberin der Anweisung geworden. Dieses Indossament an den Acceptanten

---

[1]) Vgl. Lehmann, Lehrbuch des deutschen Wechselrechtes S. 462; Brinz, Pandecten, 2. Aufl., Bd. II. S. 508; Windscheid, Pandecten, 5. Aufl., Bd. II. S. 587 f.; Dernburg, preuss. Privatrecht, 3. Aufl., Bd. II. S. 830 bei Note 9.

ist vollkommen gültig und es ist durch dasselbe vor Verfall ein Untergang der Anweisungsschuld durch Vereinigung nicht herbeigeführt worden; vielmehr hätte die Bank in L. ihrerseits die Anweisung weiter begeben können (Art. 728 O.-R.). Nun ist allerdings sehr bestritten, ob nach Verfall der Acceptant, der zugleich letzter Indossatar ist, Rechte aus dem Wechsel bezw. der Anweisung überhaupt noch geltend machen oder übertragen könne. Es ist indess wohl anzunehmen, dass der Acceptant, der zugleich letzter Indossatar ist, die Wahl habe, bei Verfall entweder das Papier als bezahlt zu behandeln oder aber bei sich selbst Protest zu erheben und Regress zu nehmen (s. in diesem Sinne Thöl Wechselrecht, 3. Aufl., S. 774).[1]) Sein Regressanspruch muss freilich in der Regel unwirksam bleiben, da demselben seitens der Vormänner die liquide Einrede entgegengestellt werden kann, dass er in seiner Stellung als Acceptant und principaler Schuldner die Regresssumme sofort wieder zu erstatten verpflichtet sei. Wäre nun in casu die Bank in L. in dieser Weise vorgegangen, so hätte ihr Regressanspruch zwar nicht gegenüber den übrigen Vormännern, wohl aber gegenüber dem Aussteller der Anweisung, dem Beklagten, durchdringen müssen. Denn der aus dem Accepte der Bank herzuleitenden Einrede stand dem Beklagten gegenüber die Replik des dolus entgegen, da ja eben der Beklagte dieses Accept nicht als für sich verbindlich gelten lassen will. (Entsch. v. 29. October 1886 i. S. Bank in Luzern c. Bielmann.)

---

12. *Art. 883 Abs. 1 und 3, Art. 153 Ziff. 6 O.-R. 1) Nach welchem örtlichen Rechte richtet sich die Klageverjährung? 2) Gelten für den unter dem alten Rechte abgelaufenen Zeitraum einer Verjährungsfrist die Unterbrechungs- und Sistirungsgründe des alten oder des neuen Rechts? 3) Bezieht Art. 883 Abs. 1 sich auch auf den Fall, wo das alte und das neue Recht die Ver-*

[1]) Ferner: Renaud, Lehrbuch des Wechselrechtes, 3. Aufl., S. 195 Ziff. 3; Lehmann, a. a. O. S. 507 bei Note 16. A. Ans. Wächter, Wechselrecht des deutschen Reiches S. 256 unten; Hartmann, das deutsche Wechselrecht, S. 464; Volkmar und Löwy, die deutsche Wechselordnung S. 72, II. c.; Blaschke, österreichisches Wechselrecht, 7. Aufl. S. 138. — Vergleiche noch: Kuntze-Brachmann in Endemanns Handbuch, S. 180 N. 6—8; Rehbein, Commentar zur deutschen Wechselordnung, 3. Aufl. S. 31 Note 14 und Kowalzig, Allgemeine deutsche Wechselordnung, 3. Aufl. S. 41 lit. c.

*jährungsfrist gleichmässig normiren? 4) Auslegung des Art. 153 Ziff. 6.*

1. Die Klageverjährung richtet sich nach demjenigen örtlichen Rechte, welchem die Obligation selbst nach Wesen und Wirkung unterworfen ist (Vgl. Entsch. d. deutschen Reichsoberhandelsgerichts Bd. 14 S. 258; Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 S. 126; Bd. 6 S. 25; Bd. 9 S. 225; Bd. 2 S. 13; Bd. 7 S. 21. And. Ans. von Bar, das internat. Privat- und Strafrecht S. 287 f.; Stobbe, deutsches Privatrecht, 2. Aufl. Bd. 1 S. 233 ff.; Grawein, Verjährung und gesetzliche Befristung S. 195 ff.); denn die Verjährung ist ein dem materiellen Rechte angehöriges Institut, welches den Inhalt des Forderungsrechtes von vornherein affizirt. Insbesondere folgt aus Art. 153 Ziff. 6 des eidg. O.-R. unabweislich, dass nach dem Willen des schweiz. Gesetzgebers nicht das Wohnortsrecht des Schuldners massgebend sein kann.

2. Für die Vollendung laufender Verjährungen ist zwar nach Art. 883 O.-R. das neue Recht massgebend; für die unter der Herrschaft des alten Rechts abgelaufene Zeit, welche nach Art. 883 Abs. 1 in die Verjährungsfrist einzurechnen ist, gelten aber weder die Sistirungs- noch die Unterbrechungsgründe des neuen Rechts, sondern diejenigen des frühern Rechts, gemäss den allgemeinen in Art. 882 über die zeitliche Anwendung des Rechts aufgestellten Grundsätzen. Die Vorschrift des Art. 883 Abs. 3, wonach für die Unterbrechung der Verjährung erst vom 1. Januar 1883 an die Bestimmungen des neuen Gesetzes gelten, bezieht sich nicht nur auf die Unterbrechung der Verjährung im eigentlichen, technischen Sinne (Art. 154 O.-R.), sondern auch auf die Sistirung (das Stillestehen, Ruhen) derselben gemäss Art. 153 ibid.

3. Wenn in dem frühern kant. Rechte und in dem neuen eidg. Rechte eine Verjährungsfrist gleichmässig auf 10 oder 5 Jahre festgesetzt ist, so ist zur Vollendung der Verjährung einfach der Ablauf der im alten und neuen Rechte gleichmässig normirten Frist erforderlich. Dieser principiell richtigen Lösung der Frage steht die Vorschrift des Art. 883 Abs. 1 nicht entgegen. Denn dieselbe hat ausschliesslich den Fall im Auge, wo das neue Gesetz das alte Recht inhaltlich abändert, die Verjährungsfrist verlängert oder verkürzt (vgl. Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 4 S. 434 ff., und Botschaft des Bundesrathes zu Art. 881 ff. O.-R., und Hafner i. s. Ausgabe des eidg. O.-R.

S. 308 ff. Anm. 3 und 5 lit. b.). Auf den Fall, wo das neue Recht einfach den Inhalt des alten Rechts in sich aufnimmt, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift und hat es daher der natürlichen und principgemässen Regel entsprechend einfach bei dem übereinstimmenden Inhalte des alten und neuen Rechtes sein Bewenden.

4. Art. 153 Ziff. 6 O.-R. ist seinem klaren Wortlaute und Sinne nach in allen Verjährungsfällen, die vom schweiz. Rechte beherrscht werden, anzuwenden; also nicht blos in solchen Fällen, wo der Schuldner bei Begründung des Forderungsrechtes in der Schweiz belangt werden konnte und erst nachher in Folge Wohnsitzwechsels sich der gerichtlichen Verfolgung in der Schweiz entzog. (Entsch. vom 13. Novbr. 1886 i. S. Brunner c. Brunner.)

---

13. *Art. 896 O.-R. 1. Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des eidg. O.-R. auf den Versicherungsvertrag. 2. Auslegung von Policebestimmungen; Kompetenz des B.-Ger.;*[1] *3. Kann sich der Versicherungsnehmer bei der Unfallversicherung auch gegen die Folgen eigener leichter Fahrlässigkeit versichern?*

Einem bundesgerichtlichen Urtheil entheben wir Folgendes:

1) Art. 896 O.-R. behält nur allfällig bestehende besondere Bestimmungen des kantonalen Rechts über die Versicherungsverträge bis zum Erlasse eines eidgenössischen Specialgesetzes vor. Soweit also nicht kantonale Specialbestimmungen über den Versicherungsvertrag zur Anwendung kommen, ist derselbe nach den allgemeinen Normen des eidg. O.-R. zu beurtheilen (Amtl. Sammlg. d. b.-g. Entsch. XI, S. 83 Erw. 2).[2])

2) Gegen die Behauptung des Versicherers, die Versicherungsnehmer haben ihre Regressansprüche dadurch verwirkt, dass sie nicht gemäss Vertragsbestimmung die Akten (Ladungen u. s. w.) des gegen einen Antheilhaber der versicherungsnehmenden Kollektivgesellschaft eingeleiteten Strafprozesses an den Gesellschaftssitz gesandt haben, ist zu bemerken, dass der Vertrag nicht ausspricht, dass an jede Unterlassung in dieser Richtung schlechthin die Verwirkung des Anspruches auf die Versicherungssumme geknüpft sei. Wenn bei dieser Sachlage die Vorinstanz angenommen hat, diese Folge trete nach dem Willen der Parteien jedenfalls

---

[1]) Siehe oben N° 2.

[2]) S. diese Revue Bd. III., N° 107.

nur dann ein, wenn die Mittheilung solcher Akten unterbleibe, an deren Kenntniss die Versicherungsgesellschaft ein rechtliches Interesse habe, so verstösst diese Auffassung gewiss gegen keinen Rechtsgrundsatz. Ebensowenig liegt ein Rechtsirrthum in der Annahme, dass die Zusendung der Vorladungen im Strafprocesse für den Versicherer kein Interesse gehabt hätte, da er in diesem Process doch in keiner Weise hätte eingreifen können.

3) Bezüglich der Behauptung, dass der Versicherer gemäss Versicherungsvertrag desshalb nicht hafte, weil der Unfall von dem Versicherten durch eine Zuwiderhandlung gegen die für die Sicherheit der Personen bestehenden Gesetze und Polizeivorschriften herbeigeführt worden sei, ... so kann insbesondere nicht etwa gesagt werden, dass ein Versicherungsvertrag, wodurch der Versicherungsnehmer auch gegen die Folgen eigener leichter Fahrlässigkeit versichert wird, rechtlich unzulässig wäre, vielmehr sind derartige Versicherungsverträge zweifellos gültig; vergleiche u. a. die in Bonneville de Marsangy, Jurisprudence générale des assurances terrestres V^e^ partie s. v. Faute angeführten Entscheidungen.[1]) (Entsch. v. 15. October 1886 i. S. Balmer resp. Stöcklin & Cie. c. France industrielle.)

---

14. *Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen. Begriff des Eisenbahnbaues im Sinne des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Pflicht des Unternehmers, die Arbeiter gegen die Gefahren zu schützen, welche aus dem besondern Arbeitsbetriebe hervorgehen.*

a) Der Begriff des Eisenbahnbaues im Sinne des Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes umfasst, wie das B.-G. bereits wiederholt ausgesprochen hat,[2]) nicht nur die zum Zweck der erstmaligen Anlage einer Eisenbahn, sondern auch die zum Zwecke der Erhaltung oder Wiederherstellung einer eröffneten Bahnlinie ausgeführten Bauarbeiten. b) Ist die Ausführung einer Arbeit mit erkennbaren Gefahren verbunden, so ist der Unternehmer (Dienstherr) verpflichtet, zur Sicherung des Lebens und der Gesundheit der Arbeiter gegen diese Gefahren mit äusserster Sorgfalt alle Vorsichtsmassregeln zu treffen, welche Erfah-

---

[1]) Vgl. auch Entscheidungen des deutsch. Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V. S. 75 f.; Bd. VII. S. 307; Bd. XIV. S. 120 ff. Lyon-Caen, Précis du droit commercial, Bd. II. N° 2146 f. (S. 360 f.).

[2]) S. diese Revue Bd. II. S. 93 N° 64 lit. a.

rung und Technik an die Hand geben. Die Unterlassung solcher Vorsichtsmassregeln bei einer gefährlichen Arbeit muss dem Dienstherrn zum Verschulden angerechnet werden, welches denselben für denjenigen Schaden verantwortlich macht, der mit der Unterlassung in causalem Zusammenhange steht.[1]) (Entsch. v. 9. October 1886 i. S. Christen c. Rigibahn.)

---

15. *Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Entschädigungsmaximum; darf dasselbe den sechsfachen Jahresverdienst zur Zeit des Unfalls nicht übersteigen?*

Wenn Art. 6 des eidg. Fabrikhaftpflichtgesetzes bestimmt, dass die Entschädigung für dauernde oder vorübergehende, gänzliche oder theilweise Erwerbsunfähigkeit den sechsfachen Jahresverdienst des Verletzten nicht übersteigen dürfe (sofern nicht der Unfall durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Arbeitsunternehmers herbeigeführt wurde),[2]) so ist diess dahin zu verstehen, dass die Entschädigung den sechsfachen Jahresverdienst des Verletzten zur Zeit des Unfalles nicht übersteigen, und daher bei deren Fixirung keine Rücksicht darauf genommen werden dürfe, ob der Verletzte in Zukunft einen höhern Verdienst zu erwerben im Stande gewesen wäre. Dies folgt mit Nothwendigkeit wie aus dem Wortlaute des Gesetzes so auch aus dem Zwecke und der Entstehungsgeschichte desselben. Als Vorbild bei Feststellung eines Maximums der Entschädigung diente, wie in der Botschaft des Bundesrathes (B.-Bl. 1880 Bd. IV S. 573) ausdrücklich ausgesprochen wurde, das einschlägige englische Gesetz; dieses stellt aber ausdrücklich auf den Jahresverdienst vor dem Unfall ab (B. Bl. 1881 II S. 733). Ferner sollte durch die Festsetzung des Entschädigungsmaximums eine fixe, ziffernmässig von vornherein bestimmte Schranke der Haftpflicht des

---

[1]) Vgl. Eidg. Fabrikgesetz vom 23 März 1877, Art. 2 Abs. 4; ferner Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. II. (3. Aufl.) S. 537; namentlich aber die Schrift von Ch. Sainctelette, de la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail) bes. S. 111 ff.; und dazu Kohler in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. XXXII. S. 306 ff.; Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. XIII. S. 464 ff.; und Krit. Vierteljahrschrift Bd. XXVII. S. 434. Seufferts Archiv Bd. 40 N° 231 und 230, und diese Revue Bd. III. N° 108 Note 1.

[2]) S. unten N° 16.

Fabrikanten festgestellt werden, welche der Richter nicht überschreiten dürfe. Mit diesem Zwecke des Gesetzes wäre es unvereinbar, wenn durch die Berücksichtigung einer zukünftigen Einkommenssteigerung des Verletzten ein konjekturales Element für Feststellung des Entschädigungsmaximums eingeführt würde. (Entsch. vom 30. October 1886 i. S. Merz c. Spinnerei Baar.)

---

16. *Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Ist der Civilrichter bezüglich der Frage, ob der Unfall durch eine strafbare Handlung des Fabrikbesitzers verursacht worden sei, an den Entscheid des Strafrichters gebunden? Bemessung der Entschädigung in diesem Falle.*

Ueber die in der Ueberschrift bezeichneten Fragen entheben wir einem bundesger. Urtheile folgendes:

1. Durch das Urtheil des Strafgerichtes ist ausgesprochen, dass der Chef der beklagten Firma S. St. sich einer, nach baslerischem Rechte strafbaren, fahrlässigen Körperverletzung zum Nachtheile des Klägers schuldig gemacht habe. An dieses Urtheil ist der Civilrichter insoweit gebunden, als dasselbe sich auf die strafrechtliche Qualifikation des Thuns des Beklagten bezieht. Das Bundesgericht speziell ist um so weniger zu Prüfung der Frage befugt, ob der kantonale Strafrichter mit Recht den Thatbestand einer strafrechtlich verfolgbaren fahrlässigen Körperverletzung angenommen habe, als diese Frage nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Rechte zu beurtheilen ist. Dagegen wird durch das Strafurtheil der Civilrichter nicht gehindert, Einreden der Beklagten gegen ihre civilrechtliche Verantwortlichkeit gegenüber dem Kläger, insbesondere die von den Beklagten aufgeworfene Einrede des eigenen bezw. konkurrirenden Verschuldens des Verletzten, frei zu prüfen und zu entscheiden. Denn Straf- und Civilanspruch sind, wenn auch ihre thatsächlichen Voraussetzungen theilweise identisch sind, doch nach ihrem Inhalte und ihrem Subjekte völlig verschieden.

Nach Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes ist der Wegfall des Entschädigungsmaximums davon abhängig gemacht, dass gegen den Fabrikanten ein Strafanspruch bestehe. So unzweckmässig diese Bestimmung insbesondere mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der kantonalen Strafrechte, welche nothwendiger Weise eine Ungleichheit in den Wirkungen des eidg. Gesetzes von Kanton zu Kanton zur Folge haben muss, unzweifelhaft ist, so ist dieselbe doch insofern völlig unzwei-

deutig und muss daher einfach vom Richter ihrem Wortlaute und Sinne nach angewendet werden.

Im Falle der cit. Gesetzesbestimmung darf nicht einfach der Verdienst des Verletzten vor dem Unfalle zur Grundlage genommen werden, sondern ist zu berücksichtigen, ob derselbe ohne den Unfall wohl in kurzer Zeit einen grössern Taglohn verdient hätte. (Entsch. vom 15. Oktober 1886 i. S. S. Balmer c. Stöcklin.)[1])

---

[1]) Es ist wohl von Interesse, die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 3 zu kennen. In der Ständeraths-Sitzung vom 28. April 1881 stellte Ständerath Brosi den Antrag, „dass der Maximalansatz nicht massgebend sein solle in denjenigen Fällen, wo die Verletzung oder Tödtung aus böswilliger Absicht des Fabrikanten herrühre." Dieser Antrag wurde angenommen, der Artikel jedoch an die Kommission zu neuer Redaction zurückgewiesen. Auf deren Antrag genehmigte dann der Ständerath den Art. 6 Abs. 3 in seiner gegenwärtigen Fassung. Im Nationalrath stellte Dr. Ryf den Antrag, „dass das Maximum zum Mindesten nicht als anwendbar erklärt werde, sofern ein Verschulden des Fabrikanten vorliege"; dieser Antrag wurde aber mit 85 gegen 27 Stimmen abgelehnt. — Was die Verschiedenheit der kant. Strafgesetze bezüglich der Begriffsbestimmung der fahrlässigen Körperverletzung betrifft, so mag folgendes hervorgehoben werden: St. Gallen verlangt zum Thatbestand der fahrlässigen Körperverletzung grobes Verschulden; Bern: schwere Körperverletzung (i. c. fortwährende Arbeitsunfähigkeit, unheilbare Krankheit, bleibender Nachtheil); Solothurn: bleibender Nachtheil; zudem ist in Solothurn wie in Basel die fahrlässige Körperverletzung ein Antragsvergehen; Zürich bestraft jede Körperverletzung aus Fahrlässigkeit, u. s. w. — Eine Minderheit des Bundesgerichts sprach sich dahin aus: Zu den Einwendungen des Beklagten gegen seine civilrechtliche Verantwortlichkeit gehören auch die, dass er sich einer Fahrlässigkeit überhaupt nicht schuldig gemacht habe, und dass ev. der Causalzusammenhang zwischen seiner fahrlässigen Handlung und der eingetretenen Verletzung oder Tödtung mangle. Beide Fragen seien daher vom Civilrichter selbständig und ohne Rücksicht auf das Strafurtheil zu prüfen und namentlich komme auch dem Bundesgericht die Beurtheilung der Rechtsfrage zu, ob überhaupt ein Verschulden des Fabrikinhabers vorliege (was in casu verneint werden müsse). Es könne sich daher nur fragen, ob der Civilrichter insoweit an das Strafurtheil gebunden sei, als es sich um die strafrechtliche Qualification des Thuns des Beklagten handle, für den Fall, als auch der Civilrichter den Beweis für ein mit der Verletzung in ursächlichem Zusammenhange stehendes Verschulden des Beklagten als erbracht ansehe. Allein auch diese Frage sei

17. *Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Können die schweiz. Gerichte Ehescheidungsklagen von Angehörigen Oesterreich-Ungarn's*[1]) *beurtheilen?*

In einem Falle, in welchem eine in der Schweiz wohnhafte Oesterreicherin gegen ihren früher, und zuletzt, ebenfalls in der Schweiz niedergelassenen, jetzt aber unbekannt abwesenden Ehemann bei den schweizerischen Gerichten Ehescheidungsklage erhoben hatte, sprach sich das B.-G. bezüglich der Competenz folgendermassen aus: Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe verlangt, dass die Gewissheit vorliege, es werde das schweizerische Ehescheidungsurtheil im Heimathstaat der Eheleute als rechtskräftiges Civilurtheil, ohne jede materielle Ueberprüfung anerkannt werden. Nun scheint zunächst die beigebrachte Note des Oberlandgerichtes Lemberg,[2]) da sie auf die §§ 4 und 33—37 des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches Bezug nimmt, da-

---

zu verneinen. Denn einerseits könne angesichts der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, insbesondere auch des Art. 6 Abs. 3, kaum einem begründeten Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber einheitliches Recht für die ganze Schweiz habe schaffen wollen, und ihm nichts ferner gelegen habe, als den Umfang der Entschädigungspflicht des Fabrikinhabers von den ganz verschiedenen kantonalen Strafgesetzen abhängig zu machen. Dass der Gesetzgeber sich in Art. 6 Abs. 3 eines unglücklichen, seinem aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung deutlich zu entnehmenden Willen offenbar nicht entsprechenden Ausdrucks (strafbar) bedient habe, könne, nach dem Verhältniss der logischen zur grammatikalischen Interpretation, nicht dazu führen, den Sinn, welchen der Gesetzgeber mit jener Bestimmung verbinden wollte, dem Wortlaut unterzuordnen. (Vgl. Unger, östr. Privatrecht Bd. I. 84 ff.) Nun müsse nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes angenommen werden, dass unter einer „strafbaren" Handlung im Sinne desselben eine vorsätzliche zu verstehen sei. Anderseits könne aber überhaupt von einem Eingriffe des Civilrichters in die Befugnisse des Strafrichters nicht gesprochen werden, so lange derselbe sein Urtheil auf die Entschädigung beschränke, auch wenn er, um zu der lediglich ihm, dem Civilrichter, obliegenden richtigen Bemessung der Entschädigung zu gelangen, selbständig untersuche, ob der Beklagte sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe oder nicht; und zwar gelte dies auch dann, wenn letztere Frage nach kantonalem (Straf-)Rechte zu beurtheilen wäre. Diese Untersuchung sei nicht nur sein Recht, sondern seine Pflicht.

[1]) Vgl. diese Revue Bd. III. N° 79 (betr. deutsche Angehörige); auch Bd. IV. N° 111; ferner Amtl. Samml. der b.-g. Entsch. Bd. V. S. 264 ff.

[2]) Vgl. Amtl. Samml. der b.-g. Entsch. Bd. XI. S. 447.

rauf hinzudeuten, dass der österreichische Richter sich zum mindesten vorbehalte, zu prüfen, ob das schweizerische Gericht die dem österreichischen Rechte entsprechenden Grundsätze über die örtliche Rechtsanwendung in Ehe- resp. Scheidungssachen angewendet habe, und je nach Befund die Anerkennung des schweizerischen Urtheils entweder auszusprechen oder zu verweigern. Speciell die Bezugnahme auf § 4 des allgemeinen österreichischen B.-G. scheint darauf hinzuweisen, dass ein schweizerisches Scheidungsurtheil über österreichische Angehörige nur dann anerkannt werde, wenn es das heimathliche Recht der Parteien zur Anwendung bringt.[1]) Die Note des Oberlandgerichtes zu Lemberg beweist also nicht nur nichts dafür, dass schweizerische Scheidungsurtheile in Oesterreich als solche, d. h. als der materiellen Ueberprüfung in jeder Richtung entzogene rechtskräftige Urtheile, anerkannt werden, sondern spricht gerade für das Gegentheil, zumal wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, der schweizerische Richter auch auf Ausländerehen nur das schweizerische Ehescheidungsrecht anwenden kann. Was sodann die allgemeinen Bestimmungen der österreichischen Gesetzgebung über die Vollstreckung fremder Civilurtheile anbelangt, so ist vorerst nicht unzweifelhaft, ob dieselben auf Ehescheidungsurtheile überhaupt ohne weiteres bezogen werden dürfen, oder ob nicht vielmehr für diese, wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Bedeutung, besondere Grundsätze gelten; irgend ein Nachweis, dass diese Bestimmungen in der Judikatur auch auf fremde Ehescheidungsurtheile angewendet worden wären, ist nicht beigebracht worden. Sodann aber ist überhaupt nicht mit vollkommener Sicherheit dargethan, dass der österreichische Richter die Voraussetzungen, an welche die österreichische Gesetzgebung die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile knüpft, in casu als hergestellt betrachten müsse. Es ist vielmehr anzuerkennen, dass der österreichische Richter beispielsweise das Vorhandensein des Requisits der Gegenseitigkeit der Urtheilsvollstreckung im Kanton Zürich verneinen könnte. Der in Art. 56 leg. cit. geforderte strikte Nachweis der Vollstreckbarkeit des schweizerischen Scheidungs-

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XI. S. 29 ff.; Kirchstetter, Commentar zum österr. allg. B.-Ges.-B. (3. Aufl.) S. 59 bei Note 28; jedoch auch Schiffner, Lehrbuch des österr. Civilrechtes, Bd. I Heft 1 S. 69 bei Note 50.

urtheils ist also nicht erbracht. (Entsch. v. 11. September 1886 i. S. Eheleute Bachmann.)

---

18. *Art. 279 ff. des Verwaltungsreglementes für die schweiz. Armee vom 9. December 1881.*[1]) *1. Ist die in dieser Bestimmung statuirte Schadensersatzpflicht der Kriegsverwaltung civilrechtlicher Natur? Inwieweit sind die Gerichte zur Beurtheilung diessfälliger Schadensersatzforderungen competent? 2 Verwirkung des Entschädigungsanspruches durch Nichtanmeldung innert der bestimmten Frist. 3. Auslegung des Art. 279; Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht der Kriegsverwaltung.*[2])

1. Der in Art. 279 des Verwaltungsreglements für die schweiz. Armee vom 9. Dezember 1881 dem durch militärische Anordnungen Geschädigten gewährte Entschädigungsanspruch ist ein Civilanspruch; denn derselbe ist dem Geschädigten nicht in öffentlichrechtlicher Stellung, als Mitglied der Staatsgemeinschaft, sondern in seiner Stellung als Privateigenthümer verliehen; er ist dem Entschädigungsanspruch des Enteigneten bei der Expropriation durchaus analog, wie dieser auf Ausgleichung eines im öffentlichen Interesse zugefügten Vermögensnachtheils gerichtet. Die Gerichte (resp. bei Vorhandensein der in Art. 27 Ziff. 2 Organis. Ges. aufgestellten Voraussetzungen das Bundesgericht) sind daher zuständig zur Entscheidung der Rechtsfrage, ob principiell eine Schadensersatzpflicht der Kriegsverwaltung bestehe, und muss in dieser Richtung der Rechtsweg als statthaft erachtet werden. Dagegen sind die Gerichte nicht competent dem Geschädigten eine bestimmte Summe zuzusprechen und ihrerseits den Schaden zu taxiren. Die Ermittelung und Taxation der Eigenthumsbeschädigung — und zwar nur diese Function — ist vielmehr durch das Verw.-Regl. Expertenkommissionen zugewiesen, welche die Entschädigung (vorbehältlich der Vorschrift des Art. 297 Abs. 3 ibidem) endgültig festsetzen. Diese Vorschriften müssen auch zur Anwendung kommen, wenn nicht der Geschädigte selbst, sondern an seiner Stelle eine Versicherungsanstalt auftritt, welche ihrerseits den Eigenthümer entschädigt hat.

2. Ansprüche aus Art. 279 cit. sind gemäss Art. 288

---

[1]) Jetzt Art. 280 ff. des Verwaltungsreglements vom 27. März 1885: Amtl. Samml. d. B.-Ges. N. F. Bd. VIII. S. 196 - 326.

[2]) Vgl. diese Revue, Bd. I. S. 47 N° 21 und Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. XVII. S. 490 ff.

ibidem verwirkt, wenn sie nicht innert der dort bezeichneten Frist nach Entstehung des Schadens beim betreffenden Kommando resp. beim zuständigen Kantonskriegskommissariate angemeldet werden; das Wissen des Truppenkommandanten von einer stattgefundenen Beschädigung ist nicht geeignet, die Anmeldung der Schadensreclamation zu ersetzen.

3. Nicht jeder anlässlich einer militärischen Anordnung eingetretene Schaden, welcher ohne dieselbe nicht eingetreten wäre, kann als durch dieselbe im Sinne des cit. Art. 279 verursacht betrachtet werden. Ein Kausalzusammenhang besteht nur dann, wenn der Schaden eine directe Wirkung der militärischen Anordnung dieser Ausführung war, wobei dann allerdings darauf, ob die betreffenden Handlungen eine richtige Ausführung der gegebenen Befehle enthielten oder nicht, kein Gewicht gelegt werden darf. Dagegen besteht der Kausalzusammenhang nicht, wenn der Schaden durch selbständige Mittelursachen herbeigeführt wurde, sollte auch das Wirksamwerden dieser Mittelursachen durch die militärische Anordnung erst ermöglicht worden sein. Wenn daher der Schaden nicht durch dienstliche Handlungen in Ausführung gegebener Befehle, sondern durch freie willkürliche Handlungen einzelner Soldaten (in casu, nach der Darstellung der Klage, durch das nicht nur nicht befohlene, sondern sich offenbar als reglementswidriger Unfug qualifizirende Werfen von Strohbündeln seitens der Soldaten, wobei durch Sturz einer Lampe eine Feuersbrunst bewirkt wurde), herbeigeführt worden ist, so kann ein Schadensersatzanspruch aus Art. 279 cit. nicht als begründet erachtet werden. Nimmt man dagegen an, die Schädigung (in casu der Fall der Lampe) sei durch nicht ermittelte Ursache herbeigeführt worden, so liegt ein Zufall vor, für welchen die Kriegsverwaltung ebenfalls nicht einzustehen hat. (Entsch. vom 2. October 1886 i. S. Brandversicherungsanstalt Luzern c. Bund.)

---

**19.** ***Art. 2 des B.-Ges. über die Verpfändung und Liquidation der Eisenbahnen vom 24. Juni 1874. Legitimation zur Einsprache gegen Bestellung von Pfandrechten auf Eisenbahnen.***

Die Konzession des Kantons Luzern für die aargauisch-luzernische Seethalbahn (eine mit Dampf betriebene Strassenbahn) enthält in Art. 3 Abs. 2 die Bestimmung: „Die Strassenbahn kann auch nicht Gegenstand eines Pfandrechtes sein.“ Die genannte Eisenbahn wollte nun ihre Linie für ein zu erhebendes Darleihen verpfänden und zwar in folgen-

der Weise: „Das Pfandrecht umfasst den Bahnkörper als „solchen nur insoweit, als nicht die Staatsstrasse als „solcher benutzt wird. Soweit letzteres der Fall ist, „bildet Gegenstand des zu bestellenden Pfandrechtes ausser „den Oberbaueinrichtungen lediglich die Benutzung der „Staatsstrasse für die Bahnanlage, wie solche durch die kan„tonalen Konzessionen gestattet wurde.“ Gegen diese Verpfändung erhob die Regierung von Luzern, gestützt auf die angeführte Konzessionsbestimmung, Einsprache und führte zur Begründung derselben u. A an, ein Eisenbahnpfandrecht in der projektirten Weise, d. h. ohne gleichzeitige Verpfändung des (Bahn- i. e.) Strassenkörpers sei rechtlich unmöglich. Das Bundesgericht bemerkte hierauf: „Ob die Seethalbahn, da sie zumeist die Kantonsstrasse benützt, nach dem Gesetze überhaupt gültig verpfändet werden könne und ob ein Eisenbahnpfandrecht an derselben in der projektirten Weise rechtlich möglich sei,[1]) ist gegenwärtig nicht zu untersuchen; sondern die Cognition des B.-G. hat sich gegenwärtig darauf zu beschränken, ob speziell dem Einsprecher, dem Kanton Luzern, privatrechtliche Einsprachsgründe gegen die Verpfändung, so wie dieselbe projektirt ist, zustehen. Die ersterwähnte Frage kann vom Richter nur dann entschieden werden, wenn die Gültigkeit des begründeten Pfandrechtes zum Gegenstand eines Privatrechtsstreites zwischen den Pfandgläubigern und andern Gesellschaftsgläubigern werden sollte. Denn dem Kanton Luzern steht gewiss ein Privatrecht nicht zu, seinerseits aus dem gedachten Grunde der projektirten Verpfändung zu opponiren.“ (Entsch. v. 29. April 1886 i. S. Luzern c. Aarg.-luz. Seethalbahn.)[2])

20. *Konkordat vom 15. Juli 1822 über Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse. Bezieht sich dasselbe auch auf die Erbschaftssteuer?*

Das Erbrechtskonkordat vom 15. Juli 1822 bezieht sich nicht auf die Erbschaftssteuer. Denn dieselbe wird vom Staate nicht in privatrechtlicher Eigenschaft als Erbe, sondern in seiner öffentlich-rechtlichen Eigenschaft, kraft seiner Steuerhoheit, erhoben. (Entsch. vom 10. September 1886 i. S. Luzern c. Solothurn.)

[1]) Vgl. Art. 9 des cit. B.-Ges.

[2]) Das Bundesgericht fand sodann, dass die Konzession nur solche Verpfändungen der Eisenbahn ausschliesse, durch welche ein Pfandrecht am Strassenkörper begründet würde, und wies demnach die Einsprache ab; s. Amtl. Samml. der b.-g. Entsch. Bd. XII. S. 390 ff.

21. *Art. 54. B.-V. Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe; Anwendbarkeit dieser Verfassungsbestimmung in zeitlicher Hinsicht. Kompetenz des B.-Ger. als Staatsgerichtshofs in Legitimationsstreitigkeiten.*

1. Wenn nicht der bundesrechtliche Grundsatz der Legitimation vorehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe der Eltern negirt oder falsch angewendet, sondern das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen derselben geleugnet wird, so kann das Vorhandensein dieser thatsächlichen Voraussetzungen (i. c. Vaterschaft des Ehemannes der Mutter des Kindes) nicht im staatsrechtlichen Verfahren vor Bundesgericht nachgewiesen werden, sondern muss vor dem zuständigen Civilrichter dargethan werden.

2. Ist die Ehe, durch welche voreheliche Kinder legitimirt worden sein sollen, schon vor Inkrafttreten der neuen B.-Verfassung abgeschlossen worden und hat schon die massgebende frühere kantonale Gesetzgebung die Legitimation durch nachfolgende Ehe gekannt, so ist die Legitimation bereits durch den Eheabschluss zwischen den Eltern kraft des damals geltenden kantonalen Rechtes und nicht erst mit dem Inkrafttreten der B.-Verfassung, kraft Art. 54 Abs. 5 dieses Grundgesetzes, erfolgt. (Entsch. vom 10. September 1886 i. S. St. Gallen c. Luzern.)

---

22. *Art. 59 B.-V. Zulässigkeit und Voraussetzungen der Widerklage und Einrede der Compensation im interkantonalen Verkehr.*

Nach konstanter bundesrechtlicher Praxis ist im interkantonalen Verkehr gemäss Art. 59 Abs. 1 B.-V. die widerklagsweise Geltendmachung einer Gegenforderung beim Gerichte der Vorklage nur dann statthaft, wenn die Gegenforderung mit der Klageforderung connex ist.[1]) Dagegen steht dem Beklagten frei, der Klageforderung gestützt auf seine behauptete — mit der Klageforderung nicht im Zusammenhange stehende — Gegenforderung die Einrede der Kompensation entgegenzustellen. Denn diese Einrede ist blosses, auf einen Erlöschungsgrund des klägerischen Rechtes begründetes Vertheidigungsmittel und wird daher durch Art. 59 Abs. 1 B.-V. in keiner Weise betroffen.[2]) (Entsch. vom 9. October 1886 i. S. Siegwart.)

[1]) Vgl. diese Revue Bd. III. S. 17 N° 20.

[2]) Vgl. Amtl. Samml. d. b.-g. Entscheid. Bd. II. S. 205 u. Bd. VII. S. 228 Erw. 2.

---

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

23. *Cause contraire aux bonnes moeurs. Obligations contractées dans des maisons de tolérance. Art. 17 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil dans la cause Gilomen c. X. du 14 mai 1886.

En fait, le demandeur réclame au défendeur la somme de 336 fr. pour montant de dépenses faites par ce dernier dans la maison de tolérance qu'il exploite à Genève. Le défendeur a déclaré ne pas devoir la somme qui lui est réclamée.

En droit, vu l'art. 17 C. O.;

Attendu que les tribunaux civils n'ont pas à connaître des obligations qui sont contractées dans des maisons de tolérance, entre ceux qui les exploitent et ceux qui les fréquentent, et qui ont, par leur nature même, une cause contraire aux bonnes mœurs;

Attendu que c'est en vain que le demandeur articule que sa demande n'a pour objet que des consommations faites par le défendeur dans son établissement;

Que le fait même de faire des dépenses, de quelque nature qu'elles soient, dans une maison de tolérance, constitue, de la part de celui qui les fait, une débauche, dont le prix ne saurait être réclamé en justice.

---

24. *Kauf. Irrthum, bezw. absichtliche Täuschung des Verkäufers? Art. 21 und 24 O.-R. — Art. 59 B.-V. kann nicht von Ausländern angerufen werden, gegenüber welchen nach kantonalem Recht der Gerichtsstand des Vertrages begründet ist. — Art. 10 des Bundesgesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 27. October 1886 i. S. F. Gresser c. Antonia Stutzer.

Am 27. Januar 1886 verkaufte der Kläger an die Beklagte das Besitzthum „Schrofen" mit dem grösseren Theil der Fahrnisse und Vorräthe, um Fr. 161,250, zahlbar Fr. 55,000 durch Verweisung an die Thurg. Hypothekenbank, Fr. 48,750 durch Verrechnung der Anzahlung an das Haus Nr. 46 an der Jägerstrasse in Stuttgart, Fr. 27,500 durch Ueberlassung der Kaufraten, welche die Beklagte an W. A. in R. zu fordern hatte, und Fr. 30,000 in zehn Jahresraten, welche in zweiter Hypothek auf das der Beklagten gehörige Haus Nr. 77 an der Bahnhofstrasse in Stuttgart versichert werden sollten. Das Haus Nr. 46 an der Jägerstrasse in

Stuttgart gehörte der Mutter der Beklagten und wurde gestützt auf eine Vollmacht der letzteren von der Beklagten an den Kläger verkauft um den Preis von M. 120,000, zahlbar durch Uebernahme der darauf lastenden Pfandschuld von M. 81,000 und Verrechnung des Restes von M. 39,000 als Anzahlung an den Kaufpreis für das Gut Schrofen. Die beiden Verträge hatten den Charakter eines Tauschvertrages, wie im ersteren ausdrücklich gesagt ist.

Theilweise waren die Verträge bereits vollzogen: die Forderung von Fr. 27,500 an W. A. war an den Kläger cedirt, die Hypothek für Fr. 30,000 auf das Haus Nr. 77 Bahnhofstrasse Stuttgart eingetragen; die Miethverträge betreffend das Haus Nr. 46 Jägerstrasse Stuttgart an den Kläger übergegangen. Dann verlangten die Beklagte und ihre Mutter, dass der Kläger vom Tausch zurücktrete, und verweigerten die Erfüllung ihrer Verpflichtung. Der Kläger belangte erst die Mutter der Beklagten auf Erfüllung des Kaufvertrages über das Haus an der Jägerstrasse in Stuttgart und wurde durch Urtheil des Landgerichts Stuttgart vom 9. Juli 1886 geschützt. Ebenso wurde die Klage des Verkäufers auf Erfüllung des Kaufvertrages über das Gut „Schrofen" in beiden Instanzen gutgeheissen.

Motive: Die Beklagte stellt der Klage auf Erfüllung des Liegenschaftenkaufvertrages vier Einreden entgegen.

1. Einrede der Incompetenz der hiesigen Gerichte. In dieser Beziehung führen die Motive aus, dass Art. 59 B.-V. allerdings gemäss Art. 1 des Niederlassungsvertrags zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche von 1876 auch für Deutsche gilt, die in der Schweiz festen Wohnsitz haben; aber die Beklagte habe solchen festen Wohnsitz in der Schweiz nicht, könne sich daher (Entsch. des B.-G. III 54, IV 408 u. 626, VIII 30) nicht auf Art. 59 berufen, sondern unterliege dem in § 18 der thurg. bürg. P.-O. aufgestellten forum contractus.

2. Einrede der mangelnden Processfähigkeit. Auch diese Einrede wird verworfen, weil erwiesen ist, dass die Beklagte in Vermögensabsonderung von ihrem Manne lebt, welcher wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, und dass sie nach dem Rechte ihres Heimatsstaats, welches nach Art. 10 B.-G. über die pers. Handlungsfähigkeit massgebend ist, zur unumschränkten Verwaltung ihres Vermögens berechtigt ist.

3. Die Einrede, dass die Beklagte unbefugter Weise über Eigenthum einer Dritt-

person verfügt habe, erscheint schon darum unstichhaltig, weil ihre Mutter, eben diese Drittperson, zu Abschluss des Vertrags zweifellos ihre Ermächtigung ertheilt hatte.

4. Einrede, die Beklagte sei in doloser Weisė zum Kaufsabschluss bewogen worden, was sich ergebe aus der Art des Abschlusses, dem Werthverhältniss und dem unrichtige Angaben enthaltenden gedruckten Prospekt. Es ist allerdings sehr wahrscheinlich, dass die Beklagte einen Kauf abgeschlossen hat, der ihre ökonomischen Kräfte weit übersteigt und für sie bedeutende finanzielle Nachtheile bringen kann. Wenn sie richtig berathen gewesen wäre und ihren Vermögensverhältnissen Rechnung getragen hätte, so wäre sie auf diesen Kauf wohl nie eingetreten. Allein hier ist nicht massgebend, ob eine Unbesonnenheit, ungenügende Prüfung des Kaufsobjektes oder Leichtfertigkeit vorliege, sondern, nachdem die Beklagte einmal von den deutschen Behörden für handlungsfähig erklärt wurde, ist zu prüfen, ob ein Mangel des Vertragsabschlusses vorliege, welcher denselben rechtlich ungültig mache. Es kann nicht behauptet werden, dass die Beklagte beim Kaufsabschluss unzurechnungsfähig gewesen oder in widerrechtlicher Weise durch Erregung von Furcht zur Vertragsschliessung bewogen worden sei. Auch auf einen wesentlichen Irrthum kann sich die Beklagte nicht berufen, denn als solcher gilt der Irrthum über den Werth der verabredeten Leistung nicht (Art. 21 O.-R.). Es ist nur fraglich, ob sie durch betrügerische Handlungen des Klägers zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden sei. Ein Civildolus könnte vorliegen, wenn ein einträgliches Bauerngut in bestem Zustand zugesagt, aber ein ausgesogenes verlottertes Heimwesen übergeben worden wäre, oder wenn eine gewisse sichere Rendite versprochen, dann aber ein Herrschaftssitz tradirt würde, der nicht nur nichts abwirft, sondern noch bedeutende Mittel zum Unterhalt erfordert. Allein so verhält es sich in diesem Falle nicht. Die Beklagte kann nicht behaupten, dass ihr eine gewisse Rendite bestimmt zugesichert worden sei; sie hat das ganze Gut und dessen Einrichtung persönlich vor dem Kauf besichtigt, und wenn sie sich nicht genau und sicher über den Charakter und Werth desselben erkundigte, so ist das ihre Schuld. Sie musste sehen, dass es sich nicht um ein einträgliches Bauerngut handle, sondern um einen Herrschaftssitz, bei dem nicht sowohl auf Rendite, als auf bequeme und hübsche Anlage und Einrichtung gesehen wird.

Aus dem gedruckten Prospekt über Villa und Landgut Schrofen und der Beschreibung derselben in der „Konstanzer Zeitung“ ist auch ersichtlich, dass es sich nicht sowohl um ein rentables Besitzthum handelt, sondern gegentheils um eines, das sehr grosse Unterhaltungskosten verursacht. Die blosse, wenn auch übertriebene Anpreisung eines Handelsartikels kann nicht als Betrug bezeichnet werden und macht den Kauf nicht ungültig. Sie dient mehr dazu, die Käufer anzuziehen als zu täuschen, der Käufer soll prüfen, bevor er den Vertrag abschliesst. Was den Werth des Gutes anbetrifft, so wird er erfahrungsgemäss sehr verschieden beurtheilt, je nachdem sich Liebhaber finden, und der Verkäufer ist nicht verpflichtet, den Kaufpreis den ökonomischen Verhältnissen des Käufers anzupassen.

---

25. *Verpflichtung zum Ersatz von nützlichen Verwendungen für einen Bevormundeten. Art. 33 O.-R.*

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichtes vom 26. Juni 1885.

Die Klägerin hatte dem Mündel des Beklagten ohne Zustimmung desselben während einer gewissen Zeit Kost und Logis zu Theil werden lassen und verlangte Bezahlung des Kost- und Logisgeldes. Sie wurde vom Bezirksgerichte mit ihrer Klage jedoch abgewiesen, indem dieses Gericht davon ausgieng, der Mündel sei nicht vertragsfähig gewesen und die Klägerin hätte ihm nicht Kost und Logis ohne Zustimmung des Vormundes verabreichen sollen. Das Obergericht hat diesen Standpunkt verworfen und die Klage geschützt.

Motive: Nach Art. 33 Abs. 2 O.-R. kann das von einem Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft für ihn insoweit verbindlich werden, als die Leistung nützlich verwendet worden ist. Es ist also im vorliegenden Falle zu untersuchen, ob eine nützliche Verwendung für den Vögtling vorliege. Die Darstellung des Vogtes, die Klägerin habe denselben von dem Orte, wo er versorgt gewesen, weg und zu sich genommen, hat sich als unrichtig herausgestellt. Dass die Klägerin in moralischer Beziehung sich gegenüber dem Vögtling etwas hätte zu schulden kommen lassen, ist vom Vormund selbst nicht behauptet worden. Trifft aber die Klägerin ein solcher Vorwurf nicht, so braucht es keiner weitern Begründung, dass ihre Leistung als eine nützliche angesehen werden muss. Denn der Vögtling bedurfte nothwendigerweise sowohl der Nahrung als der Wohnung. Hätte er dies nicht bei der Klägerin erhalten, so würde er beides anderswo haben erhalten und bezahlen müssen.

**26.** *Action en dommages-intérêts. Préjudice causé par la publication d'un nom dans une liste de mauvais payeurs. Art. 50 et 55 C. O.*

**Genève. 1. Jugement du Tribunal civil dans la cause X c. Bardet et Cie. et l'Union suisse pour la sauvegarde des crédits du 17 juillet 1886. 2. Arrêt de la Cour de Justice civile du 13 décembre 1886 dans la même cause.**

Suivant exploit enregistré du 11 novembre 1885, Bardet & Cie ont assigné X en paiement de la somme de 369 fr. 50 c. pour solde de compte; le défendeur a reconnu la dette, mais en même temps excipé de compensation avec une somme de 3500 fr., qui lui serait due par les demandeurs à titre de dommages-intérêts pour le préjudice qu'ils lui ont causé en le faisant inscrire sur une liste de mauvais payeurs, publiée chaque mois par la société de l'Union suisse et communiquée non seulement aux sociétaires, mais à des étrangers à la société, et pour laquelle somme il s'est porté reconventionnellement demandeur. Bardet & Cie ont appelé en cause l'Union suisse, et concluent à ce que cette société soit condamnée à les relever et garantir de toute condamnation qui pourrait être prononcée contre eux au profit de X.

Le Tribunal civil a condamné solidairement Bardet & Cie et l'Union suisse au paiement de 250 fr. à titre de dommages-intérêts.

Motifs: I. Attendu qu'en chargeant la société l'Union — dont ils doivent connaître les statuts et règlements, puisqu'ils y ont adhéré en se faisant recevoir membres de cette société — de faire payer le défendeur par „la pression morale de la collectivité“ (art. 1, § 2 des statuts) et en lui donnant ainsi le mandat tacite, pour le cas où il ne paierait pas, d'inscrire son nom sur la liste publiée mensuellement (art. 19), les demandeurs ont dépassé les limites de leur droit et commis un quasi-délit dont ils sont responsables;

Attendu, en effet, qu'ils n'avaient vis-à-vis de leur débiteur qu'un seul droit, l'assigner devant le Tribunal, obtenir jugement contre lui et en poursuivre l'exécution sur ses biens;

Que la société l'Union, en acceptant ce mandat et en le remplissant, a engagé sa responsabilité au même titre que Bardet & Cie;

Attendu que la société défenderesse ne peut être assimilée à une agence de renseignements, fournissant des indications confidentielles et sans garantie aux personnes qui les lui réclament;

Qu'en effet, si elle a pour but, d'une part, de renseigner ses membres sur la solvabilité des personnes qui leur deman-

dent du crédit, elle poursuit, d'autre part, et c'est son principal objet, le recouvrement des créances douteuses ou mauvaises „par la pression morale de la collectivité", c'est-à-dire en mettant le débiteur dans l'alternative ou de payer, ou de voir son nom et sa dette divulgués non seulement aux quelques centaines de membres de la société, mais encore à tous leurs clients à l'étranger, et à toute personne à qui un sociétaire peu scrupuleux, mais contre lequel il n'existe aucun recours possible, puisqu'il peut demeurer inconnu, voudra bien les communiquer, en faisant abstraction de son engagement de ne faire usage que pour lui-même des renseignements obtenus;

Qu'à cet effet, elle publie des listes mensuelles imprimées, où elle fait figurer les noms de ceux qu'en usurpant un droit qui n'appartient qu'aux tribunaux, elle qualifie de mauvais payeurs ou d'insolvables;

Que le fait même que ces listes sont imprimées et viennent à la connaissance de l'imprimeur et de ses ouvriers, c'est-à-dire toute une catégorie de personnes qui ne sont pas sociétaires et n'ont pas pris l'engagement formel de ne faire usage que pour elles-mêmes des renseignements obtenus, montre bien qu'il ne s'agit pas là de renseignements donnés confidentiellement et à la personne seule qui les réclame et qui n'en peut faire usage que sous sa propre responsabilité;

Que s'il est permis, dans une certaine mesure, de fournir des renseignements, à la condition qu'ils le soient à titre confidentiel et à la personne seule qui les réclame, il n'en est plus de même lorsqu'ils sont, comme dans l'espèce, fournis à une grande quantité de personnes qui ne les ont pas demandés;

Que cette manière de faire est répréhensible et de nature à causer un préjudice;

Que celui qui a éprouvé par ce fait un préjudice est fondé à réclamer une indemnité, en invoquant les art. 50 et 55 C. O.

II. Attendu qu'en admettant même que la liste où le nom du défendeur a figuré, ne lui ait pas été adressée, non plus qu'à des personnes étrangères à la société, la simple inscription de ce nom sur cette liste, qui a été communiquée à plusieurs centaines de sociétaires et qui a pu, pour une cause ou une autre, parvenir à la connaissance de bien d'autres personnes, lui a causé un préjudice;

Que, bien que par sa profession il ait moins besoin de crédit qu'un commerçant, il n'en a pas moins été atteint dans sa situation personnelle; qu'il a droit à une indemnité.

L'Union suisse et Bardet et Cie. ont interjeté appel de ce jugement, et la Cour de Justice civile l'a réformé sur le point de l'indemnité en condamnant Bardet et Cie. et l'Union suisse à payer solidairement à X la somme de 1 fr. à titre d'indemnité.

I. Considérant que l'Union était en droit, après avoir fait vérifier les faits qui lui étaient signalés, à faire figurer le nom de X sur ses registres de renseignements, comme étant celui d'un mauvais débiteur; qu'elle était également fondée à communiquer les renseignements qu'elle avait reçus, à ceux de ses sociétaires qui lui en auraient demandé spécialement sur le compte de ce débiteur;

Mais que, d'autre part, elle a dépassé la limite de ce qui est licite, en communiquant sur une liste imprimée, tirée à plusieurs centaines d'exemplaires et distribuée à tous ses sociétaires, le fait que X ne payait pas les dettes qu'il avait contractées;

Que, bien que cette communication ait été faite à titre confidentiel, et qu'il n'ait pas été établi que d'autres personnes que X lui-même et les membres de l'Union, en aient eu connaissance, elle n'en constitue pas moins, vu le grand nombre des membres de l'Association, une réelle publicité;

Que la situation de X a été ainsi révélée à un grand nombre de personnes qui n'avaient aucun intérêt direct et immédiat à la connaître, et qui n'avaient point demandé spécialement à être renseignées sur sa solvabilité;

Considérant que cette révélation a été faite, non dans le but seulement de renseigner les sociétaires de l'Union sur la solvabilité de l'intimé, mais afin de lui causer un dommage;

Que c'est par la crainte de ce dommage que l'Union prétend exercer une pression sur les débiteurs de ses sociétaires; que ce moyen de coercition doit être considéré comme abusif;

Considérant, en conséquence, que X est fondé aux termes des art. 50, 51 et 55 C. O. à demander la réparation du dommage qui lui a été causé.

II. Considérant que le dommage causé à X est plutôt moral que matériel; qu'il consiste surtout en une atteinte portée à sa considération personnelle; qu'il suffit, pour réparer ce préjudice moral, de prononcer à son profit une condamnation à 1 fr. de dommages-intérêts et à tous les dépens de l'instance, contre les appelants.

III. Considérant que c'est l'Union suisse pour la sauvegarde des crédits, qui est l'auteur direct de l'acte dommageable

dont se plaint l'intimé, mais que ce sont Bardet & Cie. qui en ont été les instigateurs; qu'ils n'ignoraient point que la communication qu'ils ont faite à l'Union, aurait, en cas de non-paiement par X, l'inscription du nom de celui-ci sur la liste mensuelle de l'association pour conséquence;

Que les deux appelants doivent, aux termes de l'art. 60 C. O. être tenus solidairement de réparer le préjudice qu'ils ont causé.

---

27. *Action en dommages-intérêts. Diffamation par la voie de la presse. Art. 55 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil dans la cause Gianella et cons. c. veuve Schira et Mazzuconi du 11 mai 1886.

Le journal „la Vespa", paraissant à Genève, publia un article intitulé Corruption et Piraterie, dans lequel plusieurs conseillers d'Etat du canton du Tessin étaient accusés de s'être laissé soudoyer par la Cie du Gothard pour recommander l'adoption d'un projet de loi sur la canalisation du Tessin, contrairement à l'intérêt général du canton. Les conseillers d'Etat tessinois Gianella, Pedrazzini, Casella, Castelli et Regazzi intentèrent une action civile contre veuve Schira comme éditeur responsable du journal; Mazzuconi, auteur de l'article, a intervenu en l'instance. C'est pourquoi le Tribunal mit hors de cause la veuve Schira; quant à Mazzuconi, le jugement se prononce de la manière suivante:

Attendu qu'en diffamant les conseillers d'Etat tessinois Gianella, Pedrazzini, Casella, Castelli et Regazzi, il a commis un acte illicite portant une grave atteinte à leur situation personnelle, c'est-à-dire à leur réputation de patriotes et d'hommes intègres qu'exigent avant tout leurs fonctions;

Attendu que les diffamés ont droit à une réparation morale;

Que ce n'est pas une condamnation du diffamateur au paiement de dommages-intérêts, plus ou moins gros, qui la leur fournira, mais surtout et exclusivement les considérants ci-dessus qui consacrent le caractère calomnieux de l'article „Corruption et Piraterie" paru dans le journal „La Vespa", n° 83, le samedi 31 octobre 1885, et leur publication par la voie des journaux, laquelle va être ordonnée;

Attendu qu'en l'espèce le dommage matériel appréciable consiste uniquement dans les honoraires que les demandeurs auront à payer à leur conseil et dans les frais de l'instance;

Que Mazzuconi, qui succombe, sera condamné à payer ces frais (art. 114 loi de procéd. civ. genev.);

Qu'il y a lieu, les honoraires de l'avocat de Gianella, Pedrazzini, Casella, Castelli et Regazzi pris en considération, de leur allouer en sus une indemnité de 200 fr.;

Vu l'art. 55 C. O.;

P. c. m., le Tribunal prononce que le présent jugement sera publié aux frais de Mazzuconi, à la diligence des demandeurs, dans un journal paraissant à Genève et dans un journal paraissant dans le canton du Tessin, à leur choix, ainsi que dans le journal „La Vespa"; condamne Mazzuconi à payer solidairement aux demandeurs la somme de 200 fr. à titre de dommages et intérêts; le condamne, en outre, aux frais du procès, dans lesquels sera compris le coût des publications du jugement.

---

28. *Haftung des Familienhauptes nach Art. 61 O.-R.*

**Bern.** Urtheil der Polizeikammer vom 9. Dezbr. 1885 i. S. P. Schreiber.

Am 26. April 1885, Abends 7 Uhr, spazirte Marie Tschumi mit einigen jungen Leuten auf der Strasse von Corgémont. Sie begegneten dem Angeklagten Paul Schreiber, welcher sich in der Nähe der elterlichen Wohnung aufhielt und sich mit mehreren Kameraden im Steinstossen übte. Paul Schreiber beschimpfte die Mädchen mit den Worten: „Voilà les gagis de la Waldau." Marie Tschumi erwiderte: „Pas plus gagis que toi." Hierauf warf Paul Schreiber einen Stein gegen sie, welcher sie am Hinterkopfe verletzte. Nach einem Arztzeugnisse des Herrn Dr. Rätz vom 4. Mai 1885 haben die erlittenen Kontusionen eine Arbeitsunfähigkeit bis zu 20 Tagen bedingt.

Das correctionelle Gericht von Courtelary verurtheilte den Paul Schreiber zu 15 Tagen Gefängniss und zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 135 an die Verletzte, und erklärte den Vater Jean Schreiber für die Civilfolgen verantwortlich. Dieses Urtheil wurde von der Polizeikammer bestätigt. Die civilrechtliche Haftbarkeit des Vaters wird folgendermassen begründet: Paul Schreiber wurde den 27. December 1867 geboren, hatte also zur Zeit der That ein Alter von 17 Jahren und 4 Monaten. Paul Schreiber stand daher zur Zeit der That noch unter der elterlichen Gewalt und unter häuslicher Aufsicht des Vaters. Somit haftet der Vater, Johann Schreiber, gemäss Art. 61 O.-R. für den von seinem Sohne Paul verursachten Schaden, sofern er nicht darzuthun vermochte, er habe das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet.

Diesen ihm obliegenden Beweis hat aber der Vater nicht einmal angetreten, so dass die gesetzliche Präsumtion seines Verschuldens in Kraft besteht.

---

29. *Verjährung. Die Frist des Art. 69 O.-R. gilt nur für Schadenersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 17. Juli 1885.

A. Z. belangte die Gebrüder S. für den Werth eines Pferdes, das er ihnen am 17. November 1885 zum vorübergehenden Gebrauche geliehen und das am 19. gl. M. nach Behauptung des Klägers in Folge übermässigen Gebrauches und unzweckmässiger Behandlung seitens der Beklagten umgestanden war. Dieser Klage gegenüber wurde mit Berufung auf Art. 69 O.-R. die Einrede der Verjährung erhoben. Das Obergericht verwarf dieselbe.

Motive: Abgesehen davon, ob diese Einrede, welche eigentlich erst in der Duplik erhoben, formell überhaupt noch zulässig wäre, trifft der angerufene Art. 69 vorliegend nicht zu, denn diese Gesetzesstelle bezieht sich offenbar nur auf Fälle von ausserkontraktlichem Verschulden nach Art. 50 ff. des cit. Gesetzes, während es sich in gegebenem Falle um ein vertragliches Verhältniss und um eine Klage aus vertragswidrigem Verhalten handelt, für welche eine kurze Verjährungszeit nicht besteht.

---

30. *Ungerechtfertigte Bereicherung. Art. 70 und 813 Abs. 2 O.-R.*

**Thurgau:** Urtheil des Obergerichts vom 2. October 1886 i. S. Gottlieb Portmann c. Siggenthaler-Zulauf.

Der Beklagte stellte zwei Wechsel aus, einen per Fr 600 am 25. October 1885, fällig Ende Januar 1886, und einen zweiten per Fr. 700 am 15. Dezember 1885, fällig Ende März 1886, beide lautend auf den Schwiegervater des Beklagten, J. M. in Sursee. Die Wechsel wurden vom Trassaten acceptiert, vom Beklagten an den Kläger indossiert und dann vom Letzteren in Umlauf gesetzt, mussten jedoch, obwohl der erste Wechsel auf Ansuchen des Beklagten auf Ende Februar prolongiert worden war, mangels Zahlung protestiert werden. Der Kläger nahm dann vom Acceptanten an Stelle der protestierten Wechsel zwei neue acceptierte: einen per Fr. 608. 70 Ende Mai 1886 und einen per Fr. 709. 25 Ende Juni zahlbar, und zwar ohne dass er sich diesfalls mit dem Beklagten in's Einverständniss setzte. Im Mai 1886 gerieth

J. M. in Konkurs. In demselben war für beide Wechsel nichts erhältlich. Der Kläger belangte nun den Beklagten für den Betrag der Wechsel nebst Zinsen.

Der Beklagte machte geltend, es sei unerheblich, ob dem Wechselverkehr der Parteien ein früheres Schuldverhältniss zu Grunde liege oder ob sofort der Gegenwerth für die Wechsel gegeben worden sei. Der Kläger habe die Wechsel weiter begeben und nach einer Ausrechnung vom 31. December 1885 aus dem früheren Darleihensverhältniss nur noch Fr. 350 zu fordern gehabt. Der Beklagte habe keine Garantie für richtigen Eingang der Wechselsumme übernommen, lediglich die Haftpflicht nach Wechselrecht. Diese sei aber ausgeschlossen, weil die Wechselurkunden dem Beklagten als Aussteller zurückgegeben worden seien, weil beim ersten Wechsel der Protest um einen Tag verspätet erhoben worden sei, und weil Kläger bezüglich beider Wechsel dem Acceptanten Prolongationen gewährt habe, ohne die Zustimmung des Beklagten einzuholen. Eine ungerechtfertigte Bereicherung des letztern liege nicht vor, namentlich keine solche im Sinn von Art. 813 Abs. 2 O.-R., da eine Verjährung oder Versäumniss nicht in Frage komme, sondern nur eine willkürlich gewährte Prolongation.

Die Klage wurde in beiden Instanzen gutgeheissen. Die Motive führen zunächst aus, dass die Klage nicht die Wechselregressklage sei; als solche wäre sie unbegründet, zwar nicht wegen verspäteter Protesterhebung (was nicht der Fall sei), sondern weil der Kläger durch Gewährung der Prolongation an den Acceptanten ohne Einverständniss des Beklagten als Wechselausstellers den Wechselregress verwirkt habe. Ueber das Weitere sodann äussern sich die Motive so:

Die Klage gründet sich auf ein Darleihen und ist zu schützen vom Standpunkt der ungerechtfertigten Bereicherung aus. Der Beklagte kann nicht bestreiten, dass er dem Kläger die Fr. 1300 aus Darleihen schuldig geworden sei, und behauptet nicht, dass er oder ein Dritter die Summe bezahlt habe. Allerdings hat der Kläger die zwei Wechsel, welche ihm der Beklagte übergab, angenommen, allein dies ist hier nicht einer Zahlung gleich zu achten. Der Beklagte behauptet selbst nicht, dass die Unterschrift seines Schwiegervaters auf dem Wechsel auf einem wirklichen Schuldverhältniss beruht habe, es waren Gefälligkeitswechsel und es hat sich herausgestellt, dass die Unterschrift des Schwiegervaters faktisch werthlos war. Da schon Anfangs März 1886 die Aufrechnung über J. M. gezogen wurde und er im Mai in Konkurs gerieth,

so ist anzunehmen, dass auch ohne Prolongation von ihm für die Wechsel nichts erhältlich gewesen wäre. Die Verumständungen lassen darauf schliessen, dass der Beklagte von der Sachlage Kenntniss hatte und mit den Prolongationen stillschweigend einverstanden war. Er hatte ja auch die protestierten Wechsel nebst Protesten in Handen und musste schon aus diesen Urkunden ersehen, dass die Wechsel nicht honoriert worden waren. Der Beklagte kann sich nun nicht in doloser Weise seiner Schuldpflicht entziehen, bloss gestützt darauf, dass der Kläger sein Einverständniss zu der Prolongation nicht eingeholt habe. Art. 70 O.-R. sagt im Allgemeinen, dass derjenige, welcher ohne rechtmässigen Grund aus dem Vermögen eines anderen bereichert wurde, zur Rückerstattung verpflichtet sei. Und im speziellen bestimmt Art. 813 Abs. 2 O.-R., dass der Aussteller auch nach seiner Befreiung durch Verjährung oder Versäumniss im gewöhnlichen Processe insoweit verpflichtet bleibe, als er sich ungerechtfertigt bereichert habe. Hier liegt ein solcher Fall vor: der Beklagte würde seiner Haftbarkeit aus Darleihen entledigt, ohne dass der Kläger einen Gegenwerth erhalten hätte, denn die werthlosen Wechsel können nicht als solcher bezeichnet werden. Wenn der Kläger versäumt hat, für die Prolongation die ausdrückliche Zustimmung des Beklagten einzuholen, so kommt ihm die Bestimmung des Art. 813 Abs. 2 zu Gute, welche für den Fall eines Versäumnisses die Bereicherungsklage zulässt.

---

31. *Compensation. Gegen eine liquide bis zur Aufrechnung betriebene Forderung kann nur eine liquide Gegenforderung zur Compensation verstellt werden. Art. 131 O.-R.*

**Luzern.** Entscheid der Justizkommission vom 9. April 1885.

Josef K. legte auf Franz W. für Fr. 55. 30 ein Aufrechnungsbegehren, gegen welches letzterer eine gerichtlich festgesetzte Kostennote von Fr. 7. 30 und eine weitere streitige Gegenforderung von Fr. 48 zur Compensation verstellen wollte und daher Aufhebung des Aufrechnungsbegehrens verlangte. Die Compensation der gerichtlich festgesetzten Kostennote wurde gestattet, dagegen diejenige der Fr. 48, weil illiquid, abgewiesen und das Aufrechnungsbegehren für diesen Betrag in beiden Instanzen aufrecht erhalten, erwägend:

1. dass Rekurrent sein Gesuch um Aufhebung des Aufrechnungsbegehrens mit der Behauptung begründet, der ausbetriebenen Forderung des Opponenten eine Gegenforderung

von annähernd gleichem Betrage zur Compensation gegenüber stellen zu können, und für die angebliche Compensabilität seiner illiquiden Gegenforderung mit der durch gerichtliches Urtheil liquid gestellten Hauptforderung auf Art. 131 O.-R. sich beruft;

2. dass bisher durch die Praxis die Verrechnung einer illiquiden mit einer durch unbestrittene Betreibung liquid gestellten Forderung gegen den Willen des Betreibungsführers für unstatthaft erklärt wurde, dagegen allerdings Art. 131 cit., abweichend vom bisherigen Recht, als Bedingung der Compensation die Liquidität der Gegenforderung nicht aufstellt, dieser im O.-R. allgemein ausgesprochene Grundsatz jedoch im Betreibungsverfahren nicht in der Weise zur Geltung kommen kann, dass die blosse Vorschützung einer illiquiden Gegenforderung den weitern Fortgang der Exekution bezüglich der liquiden Hauptforderung zu hindern vermöchte, indem bei solcher Durchführung des Grundsatzes des Art. 131 es jederzeit beim betriebenen Schuldner stünde, durch Geltendmachung grundloser Gegenforderungen den Gang der Exekution nach Willkür zu hemmen;

3. dass, wenn somit die Compensationseinrede Mangels Liquidität der zur Compensation verstellten Gegenforderung zu verwerfen ist, immerhin dem Beklagten, wie bereits die erste Instanz gefunden, gestattet werden muss, seine durch hierseitiges Erkenntniss vom 1. Weinmonat 1884 festgesetzte, somit liquid gestellte Kostenforderung auf den Opponenten im Betrage von Fr. 7. 30 zur Verrechnung zu bringen, das angefochtene Aufrechnungsbegehren demnach nach Abzug dieses Betrages nur für Fr. 48 zu Kräften besteht.

---

32. *Novation. Inwiefern liegt in der Ausstellung eines neuen Schuldscheins für eine bereits bestehende Schuld eine Novation? Art. 142 O.-R.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 5. October 1886.

Vor einigen Jahren hatte N. N. bei einer Ersparnisskasse ein Darlehen von Fr. 5000 aufgenommen und ihr dabei eine Lebensversicherungspolice von Fr. 20,000 als Faustpfand hinterlegt. Am 13. Februar 1885 wurde vom Schuldner die gleiche Police einer Unfallversicherungsgesellschaft, welche an ihn Fr. 2000 zu gut hatte, als Faustpfand verschrieben. Die Ersparnisskasse als die erste Faustpfandgläubigerin wurde durch die Unfallversicherungsgesellschaft mit Schreiben vom 15. Februar 1885 im Sinne von Art. 217 O.-R. angewiesen,

nach ihrer eigenen Befriedigung das Pfandobjekt nicht an den Schuldner, sondern an die nachgehende Pfandgläubigerin herauszugeben. Die Sparkasse erklärte sich hiemit einverstanden, bemerkte aber, dass ihr Guthaben noch Fr. 4300 ausmache, da der Schuldner erst Fr. 700 zurückbezahlt habe.

Bald hernach bewarb sich N. N. bei der gleichen Ersparnisskasse um einen weiteren Vorschuss. Da er Bürgen stellte, so wurden ihm noch Fr. 1700 zugesichert. Für die alte und die neue Schuld wurde am 6. Mai 1885 ein Schuldschein ausgestellt Es wurde darin erklärt, dass N. N. der Ersparnisskasse Fr. 6000 schuldig geworden und derselben die Lebensversicherungspolice als faustpfändliche Sicherheit darbiete. Nach der Konkurseröffnung über den Schuldner geriethen die Unfallsversicherungsgesellschaft und die Ersparnisskasse wegen des Faustpfandes in Konflikt. Die Versicherungsgesellschaft stellte das Begehren, dass ihre Forderung als im ersten Range pfandberechtigt erklärt werde, indem sie behauptete, die ursprüngliche Forderung der Ersparnisskasse von Fr. 4300 bestehe nicht mehr; dieselbe müsse, wenn man auch annehmen wolle, dass sie aus dem Gelde des neuen Darlehens von Fr. 6000 bezahlt worden, sammt dem damit verbunden gewesenen Pfandrecht als durch die im Schuldschein vom 6. Mai 1885 liegende Novation erloschen betrachtet werden, so dass das ihr, der Klägerin zustehende Pfandrecht in den ersten Rang vorgerückt sei.

Die beklagte Ersparnisskasse bestritt das Begehren, beanspruchte für Fr. 4300, Betrag der alten Forderung, welche in den Fr. 6000 fortdaure, das Pfandrecht in erstem Range, und wollte blos mit der neuen Forderung von Fr. 1700 hinter die Klägerin in den dritten Rang treten.

Ihre Auffassung siegte vor Gericht ob und Klägerin wurde mit ihrem Begehren abgewiesen.

Motive: Eine Novation ist nach Art. 142, l. 1 ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, in der Absicht eingegangen, das bisher bestandene Schuldverhältniss durch Eingehung eines neuen gänzlich aufzuheben. Ein dahingehender Vertragswille der Paziscenten ist nun aber in keiner Weise ausgesprochen. Der Schuldschein vom 6. Mai 1885 beruhte zum grössten Theil auf dem nämlichen Verpflichtungsgrunde, auf den sich der frühere Titel stützte, nämlich auf der Thatsache des gemachten Vorschusses von Fr. 5000, wovon damals blos Fr. 700 zurückbezahlt gewesen. Die stattgefundene Abschlagszahlung von Fr. 700 und der neue Vorschuss von Fr. 1700 wurde allerdings berücksichtigt.

In solchen Fällen erscheint es durchaus angemessen, die Strafe in billiger Weise herabzusetzen.

Allein ein solcher Fall liegt hier keineswegs vor. Hier handelt es sich darum, den Kläger gegen eine absichtliche Verletzung des Vertrags und gegen eine daherige illoyale Concurrenz von Seiten des Beklagten zu schützen. Dabei haben die Contrahenten die Strafe bewusst und absichtlich und in völliger Kenntniss der Sachlage auf Fr. 10,000 festgesetzt. Es kann nicht einmal gesagt werden, dass die Strafe im Hinblick auf die in Betracht kommenden Interessen und im Hinblick auf den Fall, für welchen sie stipuliert wurde, nämlich für den Fall eines dolosen Vertragsbruchs, besonders hoch gegriffen erscheine. Unter solchen Umständen kann es aber nicht Sache des Richters sein, die Strafe im Widerspruch mit dem vertragsmässig ausgesprochenen, klaren und bestimmten Willen der Contrahenten willkürlich herabzusetzen.

Nach obigen Ausführungen mag auch dahingestellt bleiben, ob der vorliegende Fall nach den Grundsätzen des zur Zeit des Vertragsabschlusses hier geltenden gemeinen Rechts, welches eine richterliche Ermässigung der Conventionalstrafe überhaupt nicht kennt, oder aber nach den Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts Art. 178 ff. zu beurtheilen sei, da der Beklagte nach dem einen wie nach dem andern Recht in die volle Strafe verfällt werden muss.

---

34. *Cession zukünftiger Forderungen; die Cession von Miethzinsen an einen Dritten gilt nicht für die Zeit nach der Aufrechnung über den Vermiether.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 15. Juli 1885.

Robert Z. und das Geschäftsbureau G. streiten sich um das bessere Anspruchsrecht auf eine Reihe von Miethzinsen ab dem Hause X., welches der erstere am 9. Juni 1884 aus der Konkursmasse der vormaligen Eigenthümerin Frau J. ersteigert hat. Kläger Robert Z. fordert diese Miethzinse, soweit sie nach Ziehung der Aufrechnung über Frau J. — 21. März 1884 — erlaufen sind, in seiner Eigenschaft als Ersteigerer der Liegenschaft, und zwar namentlich mit Berufung auf Ziff. 5 der Steigerungsbedingungen, wonach allfällige Miethzinse vom Tage der Aufrechnung an zu beziehen sind, sofern solche nicht compensirt oder von Drittmannspersonen beansprucht werden können.

Das beklagte Geschäftsbureau G. beruft sich für seine gegentheiligen Ansprüche auf einen Abtretungsakt der Frau J.

vom 15. Januar 1884, wodurch diese die streitigen Miethzinse rechtsförmlich cedirt hat.

Obergerichtlich wurde erkennt, die Beklagtschaft habe anzuerkennen, dass der Kläger als Ersteigerer der Liegenschaft X. berechtigt sei, von den Miethsleuten die seit der Aufrechnung über Frau S., also seit dem 21. März 1884, erlaufenen Miethzinse zu beziehen.

Motive: 1. Vor Allem ist zu konstatiren, dass der erstinstanzlichen Auffassung gemäss, wonach die Abtretung noch nicht existirender, also zukünftiger Forderungen juristisch als unzulässig zu erklären sei, hierorts nicht beigepflichtet werden kann. Das Gegentheil hievon wird in der Rechtswissenschaft sozusagen durchgängig anerkannt (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 4. Aufl., Bd. II., S. 278; Mühlenbruch, Lehre der Cession, 3. Aufl., S. 261). Es kann auch speziell in Rücksicht auf das schweiz. Obligationenrecht die Zulässigkeit dieser Cession mit Erfolg nicht angefochten werden. Denn dieser Abtretung zukünftiger Forderungen steht weder eine gesetzliche Bestimmung noch die Natur der Sache entgegen, welche Faktoren nebst der (vorliegend nicht in Frage kommenden) verträglichen Vereinbarung (pactum de non cedendo) nach Art. 183 die Cession ausschliessen.

Es würde demnach der Ausschluss der Cession zukünftiger Forderungen eine ungerechtfertigte Beeinträchtigung des Forderungsverkehrs enthalten, welche Beeinträchtigung im Hinblick auf das schweiz. Obligationenrecht um so auffallender erscheinen müsste, als durch dasselbe die unverkennbare Tendenz sich hinzieht, den Verkehr möglichst zu begünstigen. Dazu kommt vorliegend noch, dass Kläger selbst indirekt die Zulässigkeit der fraglichen Cession zugegeben, indem er die gegnerischen Ansprüche auf die fraglichen Zinse nicht bestreitet, soweit diese nicht den Zeitraum über den 21. März 1884 (Aufrechnungstag der Konkursitin) hinaus betreffen.

2. Wenn daher die Abtretung zukünftiger Forderungen grundsätzlich allerdings zulässig erklärt werden muss, so setzt das dagegen sachgemäss immer voraus, dass die abgetretene Forderung in der Person des Abtreters überhaupt existent werde. Wo es sich, wie vorliegend, um Nutzung einer Sache (fructus civiles) handelt, muss hiefür gelten, dass Jemand über solche Gefälle nur auf so lange wirksam verfügen kann, als er noch selbst Eigenthümer der nutzbringenden Sache bleibt. Eine gegentheilige Anschauung würde dem Grundsatze widersprechen, dass Niemand mehr Rechte vergeben kann, als er selbst hat. Allerdings fällt für den Konkursfall in Betracht, dass

der Konkursit mit dem blossen Ausbruche des Konkurses resp. Ziehung der Aufrechnung nicht aufhört, Eigenthümer der ihm gehörenden Vermögensobjekte zu sein, sondern lediglich in der Verfügungsgewalt hierüber in Substanz und Nutzungen eingestellt wird (§ 35 des Sch.-B.-G.); allein eben vermöge dieser Einstellung der Verfügungs- und Nutzungsberechtigung zu Gunsten der Konkursmasse ist es fortan die letztere, in deren Interesse und Vertretung den Miethern die Nutzung der Miethsache gewährt wird und welchen daher auch das Aequivalent hiefür zufallen muss (vide auch Entscheid des deutschen Reichsgerichts vom 25. März 1882 in Seuffert's Archiv Bd. 38, Art. 87). Hieraus folgt, dass die Miethzinse über den Tag der Aufrechnung hinaus der Konkursmasse, an deren Stelle vorliegend gemäss erwähnter Steigerungsbedingung Ziff. 5 der Kläger steht, beziehungsweise für die spätere Zeit diesem Letztern in der Eigenschaft als Ersteigerer der Miethsache gehören, und eine von der Konkursitin hierüber im Voraus getroffene cessionsweise Verfügung für jenen nicht verbindlich ist. Daran ändert endlich auch der Umstand nichts, dass dem Ersteigerer die Haltung der bestehenden Miethverträge beim Kaufe überbunden wurde, denn damit war bloss gesagt, dass der Ersteigerer diese Verträge in Pflichten und Rechten zu halten verpflichtet sein solle, nicht aber auch, dass er zum Voraus getroffene Verfügungen der vorigen Eigenthümer und Vermiether über noch nicht fällige Miethzinse nun auch anzuerkennen habe.

---

35. *Revendication contre le tiers détenteur de bonne foi non admise en cas d'escroquerie. Bonne foi de l'acheteur. Art. 205 et 206 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal dans la cause Freymann et Weber c. Creutz, du 31 août 1886.

J. M. G. Guicherd a vendu à Creutz une caisse contenant 25 bouteilles de vin qu'il avait escroquée à Freymann et Weber. Ceux-ci ont ouvert action à Creutz pour faire prononcer qu'il doit restituer la marchandise. Ils allèguent que Creutz a du concevoir des doutes sur la provenance du vin à lui vendu, attendu qu'on ne colporte pas le vin et les caisses de bouteilles de porte en porte, et que l'escroquerie doit être assimilée au vol (art. 206 C. O.). Il a été établi que Guicherd vendait du vin et des liqueurs, qu'il en a vendu à diverses personnes en même temps qu'à Creutz, et qu'il a été conduit chez Creutz par une personne de la contrée pour

conclure le marché de ses vins. Le tribunal a admis que Creutz a agi de bonne foi, et a débouté le demandeur de ses conclusions.

Motifs: Considérant que l'acquéreur de bonne foi devient propriétaire de la chose, encore que celui qui l'a aliénée n'en fût pas propriétaire (art. 205 C. O.).

Que l'art. 206 du C. O. fait, il est vrai, une exception en ce qui concerne les choses volées ou perdues, qui peuvent être revendiquées contre tout détenteur, pendant cinq ans, à compter du jour de la perte ou du vol.

Considérant que les demandeurs veulent assimiler aux choses volées celles qui sont escroquées.

Considérant que la disposition renfermée à l'art. 205 précité constitue une exception, qui ne doit pas être interprétée extensivement.

Qu'ainsi l'assimilation des choses escroquées aux choses volées, en ce qui concerne leur revendication en mains de tiers possesseurs de bonne foi, ne se justifie pas.

---

36. *Droit de rétention. Exercice au mépris des instructions du débiteur. Inadmissibilité. Art. 225 C. O.*

**Genève.** Jugement du Tribunal de commerce dans la cause La Confiance c. Dubouloz du 21 octobre 1886.

La compagnie d'assurance „La Confiance", ne voulant plus continuer ses opérations en Suisse, congédia brusquement son agent Dubouloz et réassura son portefeuille à la Bâloise. Elle réclama chez lui les quittances non encaissées, sa procuration et divers autres objets appartenant à elle; Dubouloz au contraire, par demande reconventionnelle, réclama une indemnité pour cause de révocation et refusa de rendre les objets désignés dans la demande, en prétendant avoir sur eux, tant qu'il ne sera pas payé de ce qui lui est dû, un droit de rétention.

Le Tribunal de commerce lui alloua une indemnité de fr. 3000, mais il le débouta de sa conclusion quant au droit de rétention et le condamna à rendre dans les 10 jours dès la signification du jugement à la demanderesse les objets réclamés et, ce délai forclos sans qu'il soit satisfait à cette restitution, de payer 50 fr. de dommages-intérêts par chaque jour de retard apporté à la remise.

Motifs: Attendu que, dans le contrat susvisé, le défendeur a reconnu expressément que le portefeuille entier de l'agence est la propriété personnelle et exclusive de la Com-

pagnie, qui a sur lui les droits les plus absolus et peut seule en disposer; qu'il a accepté de remettre à La Confiance et à première réquisition les quittances non encaissées, sa procuration, la correspondance, les plaques, le matériel, les archives et les registres de la demanderesse;

Vu l'art. 225 C. O.;

Attendu que le droit de rétention ne peut s'exercer au mépris des instructions données par le débiteur, ni contrairement à l'engagement pris par le créancier de faire de la chose un usage déterminé;

Attendu que les objets réclamés ont été remis à Dubouloz à titre de dépôt; que lui permettre de les retenir, ce serait aller contre les instructions à lui données par la Compagnie; que, bien plus, ce serait ne pas tenir compte de son engagement de les rendre à première réquisition.

---

37. *Kaufvertrag. Lieferungstermin. Berechtigung zum Rücktritt bei Nichteinhaltung desselben. Art. 234 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts i. S. Garny c. Thierry v. 17. September 1886 (vom Appellationsgericht bestätigt den 28. October).

Unter den Parteien fanden längere Verhandlungen statt bezüglich Lieferung von 500 Stück transparenter Affichentafeln aus Glas Seitens des Klägers an den Beklagten. Als erstes Resultat dieser Verhandlungen ergab sich, dass der Bekl. am 16. Dec. 1884 „200 Transparente, sobald wie möglich, spätestens im Februar nächsten Jahres, und den Rest ganz nach meiner Convenienz und Bedarf" bestellte. Kläger wünschte für die zweite Lieferung von 300 Transparenten eine genauere Bestimmung des Termins, es fanden darauf noch mündliche Besprechungen der Parteien statt, worüber die Angaben beider auseinander gehen, und nur so viel sicher ist, dass Bekl. den Auftrag gab, die schon fertig erstellten 26 Stück nach Marseille an eine aufgegebene Adresse zu senden. Bekl. behauptet ferner, er habe damals auf die Mittheilung des Klägers hin, dass die Affichen im Februar noch nicht könnten geliefert werden, erklärt, er mache es von den Umständen abhängig, ob er sie nachher noch beziehen werde; Kläger dagegen giebt an, es sei abgemacht worden, dass die 200 Stück sobald als möglich geliefert werden sollen. Am 28. Februar 1885 schrieb Kläger dem Bekl., er werde ihm in 8 Tagen die 200 ersten Stück liefern, wenn er es wünsche. Bekl. antwortete darauf am 14. März, Kläger möge die Fabrication weiterer Stücke ausser den

nach Marseille geschickten unterlassen, da er keine Verwendung dafür habe. Auf die Weigerung des Klägers erwiderte Bekl., er habe überhaupt eine feste Ordre ausser derjenigen von 26 Stück nach Marseille nicht ertheilt. Nach langem Hin- und Herschreiben klagte der Kläger auf Annahme und Bezahlung der 200 Stück mit Fr. 450 und auf Entschädigung von Fr. 100 für die ferner bestellten, vom Bekl. definitiv abgelehnten 300 Stücke. Der Bekl. wandte ein: 1. die Bestellung sei durch die mündliche Abmachung vom Januar 1885 auf die bezogenen 26 Stücke reduciert und im Uebrigen aufgehoben worden. 2. Eventuell hätte laut Bestellung vom 16. Dec. 1884 die Lieferung bis spätestens Ende Februar erfolgen sollen; da das nicht geschehen, so sei Bekl. nach Art. 234 O.-R. ohne Weiteres zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt gewesen. In dieser Beziehung replicierte Kläger, der Art. 234 sei nicht anwendbar, da es sich um kein kaufmännisches Fixgeschäft, ja überhaupt nicht um ein dem kaufmännischen Verkehre angehöriges Geschäft handle.

Das Civilgericht nahm bezüglich des Punktes 1 an, dass, da über den Inhalt der mündlichen Besprechung vom Januar 1885 nichts Sicheres zu ermitteln sei, es bei der Bestellung vom 16. Dec. 1884 sein Bewenden haben müsse. Bezüglich des Punktes 2 äusserte es sich dahin:

„Es ist zu verneinen, dass der Vertrag mit dem Ueberschreiten des Termins für die erstzuliefernden 200 Stücke nach Art. 234 O.-R. hinfällig geworden sei. Zwar muss allerdings der Vertrag, wodurch ein Fabrikant einem andern Fabrikanten ein für die Verwendung in dessen Geschäft bestimmtes Fabrikat zu liefern verspricht, als ein dem kaufmännischen Verkehr angehöriger bezeichnet werden; diese Voraussetzung des Art. 234 O.-R. trifft also zu. Allein der angeführte Gesetzesartikel erklärt nicht den im kaufmännischen Verkehr mit bestimmtem Lieferungstermin abgeschlossenen Kaufvertrag schlechthin für aufgehoben, wenn der Termin überschritten wird, vielmehr spricht er bloss die gesetzliche Vermuthung aus, dass nach der Absicht des Vertrags dem Käufer in solchem Fall ein Rücktrittsrecht zustehen solle. Diese Vermuthung kann durch Gegenbeweis widerlegt werden. Nun ergiebt sich aus den Akten sowohl als aus der Natur und dem Zweck des zu liefernden Gegenstandes, dass ein Interesse des Beklagten an der stricten Einhaltung des Termines überhaupt nicht bestand. Die Tafeln waren zur Reclame bestimmt; ob diese Reclame schon mit

dem ersten März oder erst mit dem 8. oder 10. März beginnen konnte, war für den Beklagten offenbar durchaus gleichgiltig. Beklagter hat desshalb auch jede Andeutung darüber unterlassen, inwiefern etwa der Zweck der Bestellung durch die Verzögerung der Lieferung um einige Tage dahingefallen sei. Ueberdiess zeigt seine Haltung nach dem 28. Februar 1885, dass er selbst dem Ueberschreiten des Termins nicht die Wichtigkeit beilegte, welche er im Process hat geltend machen wollen. Am 14. März erklärte er dem Kläger, dieser möge die Fabrikation einstellen, da er, Beklagter, für eine grössere Anzahl Tafeln keine Verwendung habe, und auf den wiederholten Protest des Klägers erwiderte er am 31. Juli 1885 nicht etwa, er habe das Recht zum Rücktritt vom Vertrag, sondern er habe ausser der Sendung nach Marseille keinen weitern Auftrag ertheilt. Endlich ist zu beachten, dass Beklagter den Kläger gar nicht in die Lage gesetzt hat, auf den Termin zu liefern, indem er ihm die Adresse, wohin zu liefern war, nicht angab. Die Waare sollte, wie diess ein Schreiben des Reisenden Hanhart an den Kläger vom 21. Juli 1884 andeutet, und wie diess auch in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurde, ihre Verwendung theilweise im Auslande finden; Beklagter hatte also dem Kläger vor der Absendung den Bestimmungsort näher zu bezeichnen. Er hat diess bis Ende Februar 1885 nicht gethan und dadurch selbst kund gegeben, dass ihm an der stricten Einhaltung des Termins nichts gelegen sei."

Demgemäss wurde Beklagter zur Annahme und Bezahlung der 200 Stück verurtheilt, ebenso zur Bezahlung der Entschädigung von Fr. 100 für die nicht zur Ausführung gelangte Lieferung der übrigen 300 Stücke, da er durch seinen unberechtigten Rücktritt diese theilweise Aufhebung des Vertrags verschuldet und Kläger von Anfang an wiederholt darauf hingewiesen habe, dass die Fabrikation nur für ein Quantum von mindestens 500 Tafeln unternommen werden könne, somit die Thatsache, dass Kläger auch die Restlieferung von 300 Stück bereits in Arbeit hatte, nicht zu bezweifeln sei und der für verlorene Arbeit eingeklagte Ersatz als ein mässiger erscheine.

38. *Vente. Marchandise laissée pour compte. Délai. Art. 243, 246 et 249 C. O.*

**Genève. Jugement du Tribunal civil dans la cause Calais c. Vauthey du 25 mai 1886.**

Vauthey a commissionné à Calais une pièce de vin rouge Bourgogne; le fût lui a été livré le 7 mai 1885. Selon l'usage et suivant la recommandation des négociants en vin, il laissa reposer son vin 15 jours au moins, puis se mit à le boire. Au bout de 8 jours, sa famille et lui se sentant indisposés, il déposa un échantillon du vin au laboratoire cantonal pour le contrôle des substances alimentaires. Le 4 juin 1885, M. Michaud, chimiste-expert, lui délivrait un bulletin d'analyse, dont la conclusion était que le vin analysé était considéré comme falsifié et nuisible à la santé. Le 5 juin, Vauthey envoyait à Calais une copie du bulletin d'analyse, lui écrivant que le vin était à sa disposition. Calais refusait de reprendre le vin et assigna Vauthey en paiement de la somme de fr. 216. 95 prix convenu.

Le Tribunal a débouté le demandeur de ses conclusions.

Motifs: Considérant que Vauthey a vérifié l'état du vin reçu aussitôt qu'il l'a pu, d'après la marche habituelle des affaires; que le défaut qu'il lui a découvert ne pouvait pas être constaté à l'aide de la vérification usuelle, soit par la dégustation;

Que, dès qu'il a ressenti des douleurs stomachales, il a fait analyser le vin et a immédiatement signalé son défaut au vendeur;

Qu'il a donc strictement observé les prescriptions de l'art. 246 C. O.;

Considérant que l'art. 243 de ce Code dit que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur tant à raison des qualités promises qu'à raison des défauts qui enlèvent à la chose sa valeur ou son utilité prévue, ou qui les diminuent sensiblement; il en est tenu, encore qu'il ignorât ces défauts;

Attendu qu'il n'est pas discutable qu'un vin nuisible à la santé perde toute valeur; que c'est le cas du vin expédié par Calais à Vauthey;

Considérant que, lorsqu'il y a lieu à garantie à raison des défauts de la chose, l'acheteur a le choix de faire résilier la vente ou de réclamer par l'action en réduction de prix une indemnité pour la moins-value (art. 249 C. O.);

Qu'en l'espèce, la résiliation de la vente peut être poursuivie, puisque le vin acheté non seulement est sans valeur, mais nuisible à la santé.

**39.** ***Das Retentionsrecht des Vermiethers an Illaten, welche Eigenthum dritter Personen sind, bezüglich welcher er sich aber zur Zeit des Beginnes der Miethe und des Einbringens in die vermietheten Räume im guten Glauben befand, dass sie dem Miether gehören, hört — abgesehen von dem Fall der Realisirung oder des Wegfalls anderer gesetzlicher Erfordernisse — erst mit der Beendigung der Miethe auf. Art. 294 O.-R.***

**Zürich.** Urtheil des Kassationsgerichtes vom 22. November 1886 i. S. Spörri c. Schaub, durch welches der in Revue Bd. IV Nr. 130 abgedruckte Entscheid der Appellationskammer des Obergerichtes als nichtig aufgehoben worden ist.

Thatsächliches: Eine Frau Z. zog am 1. Octbr. 1885 bei dem Beklagten Schaub als Mietherin ein; laut Miethvertrag vom 24. Septbr. gl. J. war der Zins in vierteljährlichen Raten je mit 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. October zu entrichten; bei unpünktlicher Zinsung war dem Vermiether das Recht eingeräumt, sofortige Räumung der Miethobjekte zu verlangen. Im Uebrigen war keine feste Vertragsdauer ausgemacht, sondern nur ein gegenseitiges vierteljähriges Kündigungsrecht je auf 1. April und 1. October. Die von Frau Z. eingebrachten Illaten waren grösstentheils nicht ihr Eigenthum, sondern gehörten der Klägerin Frau Spörri, es ist jedoch unbestritten, dass der Vermiether hievon erst am 15. October 1885 — also 14 Tage nach dem Einzug der Mietherin durch amtliche Anzeige der Klägerin Kenntniss erhielt. Sofort nach Empfang dieser Anzeige kündigte der Beklagte seiner Mietherin auf 1. April 1886, den nächsten offenen Termin. Die am 1. Januar 1886 fällige Miethzinsrate wurde auf den Termin nicht bezahlt, wesshalb der Beklagte am 6. Januar d. J. gestützt auf die erwähnte Vertragsbestimmung beim zuständigen Richter das Ausweisungsbegehren stellte, dasselbe jedoch, als am 8. zuerst Deckung und am 11. gl. Mts. Zahlung erfolgte, wieder zurückzog. Am 1. April 1886 zog Frau G. aus, jedoch ohne den zweiten Vierteljahrszins (1. Januar—1. April) zu bezahlen, wesshalb der Beklagte Retentionsbewilligung auswirkte. Die jetzige Klägerin bestritt das Retentionsrecht an den ihr gehörigen Gegenständen, bewirkte die Aushingabe derselben an sie gegen Deposition des Miethzinsbetrages und leitete Klage ein gegen den Vermiether über die Streitfrage, ob nicht das Depositum an sie zurückzugeben sei, wobei sie sich wesentlich darauf stützte, dass der Beklagte die Möglichkeit, im Januar d. J. das Miethverhältniss zu lösen, nicht benutzt habe, wozu er nach erhaltener Kenntniss vom Eigenthum der Klägerin verpflichtet gewesen wäre.

Ueber den die Klage gutheissenden Entscheid der Appellationskammer führte der Beklagte Kassationsbeschwerde, weil derselbe in Widerspruch stehe mit der klaren Bestimmung des Art. 294 O.-R., und es wurde unter Aufhebung des Urtheils der Appellationskammer die Klage grundsätzlich verworfen.

Motive: 1. Was die rechtliche Natur des nach Art. 294 O.-R. dem Vermiether eingeräumten sog. Retentionsrechtes betrifft, so wird mit der Appellationskammer, die sich schon mehrfach hierüber ausgesprochen hat (vergl. Revue Bd. I Nr. 27), anzunehmen sein, dass dem Vermiether der vorzugsweise Anspruch auf Deckung seiner Miethzinsansprüche in gewissem Umfange durch die in den gemietheten Räumen befindlichen Sachen, die zu deren Einrichtung und Benutzung gehören, zustehe, ein Anspruch, der mit dem Einbringen dieser Sachen in die Miethräume entsteht, — also gewöhnlich mit dem Beginn der Miethe — und dessen Realisirung gegebenen Falls zunächst durch unter richterlicher Hülfe erfolgende Zurückbehaltung dieser Sachen und alsdann durch Exekution wie bei einem Faustpfand erfolgt.

2. Allerdings herrschen in der gegenwärtigen gerichtlichen Praxis verschiedene Ansichten darüber, ob dieser Anspruch des Vermiethers lt. Art. 294 O.-R. lediglich ein persönliches Recht sei, das erst bei der Realisirung in ein dingliches Recht (Faustpfandrecht) übergehe, oder vielmehr schon von Anfang an ein dingliches Recht — gesetzliches Pfandrecht — sei. Für beide Ansichten lassen sich Gründe anführen, ohne dass es dem Kassationsgericht nöthig scheint, sich jetzt für die eine oder andere definitiv auszusprechen, da vom praktischen Gesichtspunkte aus, was für den vorliegenden Rechtsstreit die Hauptsache ist, nach beiden Ansichten das betr. Retentionsrecht des Art. 294 mit dem Beginn der Miethe entsteht und nicht etwa erst dann, wenn der Vermiether zu dessen Realisirung zu schreiten in die Lage kommt.

3. Das Retentionsrecht des Vermiethers nach Art. 294 umfasst nun nach Abs. 2, in Abweichung vom früheren gesetzlichen Pfandrecht des Vermiethers nach zürch. Recht, auch die dritten Personen gehörenden Sachen im Besitz des Miethers, sofern jener nicht das Eigenthum der dritten Personen als solches kannte oder kennen musste, und der Vorderrichter anerkennt denn auch, dass an sich die Voraussetzungen dieser Bestimmung auf unsern Fall durchaus zutreffen, indem der Beklagte erst 14 Tage nach Beginn der Miethe vom Eigenthum der Klägerin an den betreffenden Illaten Kenntniss er-

halten habe, somit sein Retentionsanspruch an denselben an sich auch für die Zeit vom 1. Januar—1. April 1886 begründet gewesen wäre, wenn er nicht durch den Nichtgebrauch des ihm laut Miethvertrag zustehenden Rechtes, wegen säumiger Zinszahlung im Januar ds. Js. sofortige Ausweisung des Miethers zu verlangen, auf das Retentionsrecht an den der Klägerin gehörenden Illaten verzichtet, resp. dasselbe verwirkt hätte.

4. Der Inhalt von Erwäg. 4—7 des angefochtenen Urtheils in Uebereinstimmung mit dem früheren Urtheil derselben Stelle in Sachen Spahn c. Krauer vom 14. November 1885 (Revue Bd. IV. Nr. 58) lässt sich in der Hauptsache in den Satz zusammenziehen, dass Art. 294 dem Vermiether das Retentionsrecht an fremden Sachen nur für den Zins bis zu demjenigen Zeitpunkt zusichere, auf welchen derselbe nach empfangener Kenntnissnahme vom Eigenthum des Dritten die Auflösung des Miethverhältnisses nach Vertrag oder Gesetz herbeiführen könne.

5. Zunächst ist festzuhalten, dass abgesehen von der Frage des Eigenthums an den Retentionsgegenständen — gemäss Abs. 1 des Art. 294 — dieses Retentionsrecht entsteht mit dem Beginn der Miethe resp. dem Einbringen der Illaten in die gemiethete Wohnung und dauert, so lange der Miethvertrag dauert, in der Meinung, dass es während dieser Zeit jeweilen für einen verfallenen und den laufenden Jahreszins geltend gemacht werden kann; das ist der klare Wortlaut dieser Bestimmung.

6. Wie verhält es sich nun mit Illaten, die das Eigenthum Dritter sind? Abs. 2 des cit. Art. erklärt, es bleiben im Sinne von Art. 227 u. a. die Eigenthumsansprüche Dritter an solchen Sachen vorbehalten, von denen der Vermiether wusste oder wissen musste, dass sie nicht dem Miether gehören, und nach Art. 227 cit. — von dem Retentionsrecht des Gläubigers im Allgemeinen handelnd — soll dem dritten Eigenthümer das Retentionsrecht nur dann entgegenstehen, wenn der Gläubiger die Sachen in gutem Glauben empfangen hat. Nach dieser klaren Bestimmung kommt es demnach einzig und allein darauf an, ob der Vermiether zur Zeit des Beginnes der Miethe und des Einbringens der Illaten durch den Miether, welcher Zeitpunkt durch die ausdrückliche Hinweisung des Gesetzgebers in Art. 294 auf Art. 227 in gleiche Linie gestellt wird mit dem Zeitpunkt, wo beim gewöhnlichen Retentionsrecht der Gläubiger die Sachen vom Schuldner in Empfang nimmt, sich in gutem Glauben be-

funden habe oder nicht. Wenn ja, so befindet sich der Vermiether also rücksichtlich dieser Objekte bezüglich seines Retentionsrechtes ganz in der gleichen rechtlichen Stellung wie rücksichtlich der Illaten, die Eigenthum des Schuldners sind, das Retentionsrecht auch an diesen Gegenständen ist dem Vermiether für die ganze Dauer des betreffenden Miethvertrages erworben und hört — abgesehen von dem Fall der Realisirung oder des Wegfalls anderer gesetzlichen Erfordernisse, wie namentlich wenn die Sachen sich nicht mehr in den Miethräumen befinden — erst mit Beendigung der Miethe auf (Ablauf der vertraglichen Dauer des Miethvertrages, wobei aber die sogen. Relocatio als Abschluss eines neuen Vertrages, nicht als blosse Fortsetzung des bisherigen Miethverhältnisses in Betracht käme, oder, falls kein bestimmter Termin festgesetzt ist, bei Beendigung der Miethe in Folge Vertragskündigung).

7. Wenn der Vorderrichter ausführt, dass offenbar nur aus Billigkeitsrücksichten bei Erlass des Obligationenrechtes nicht der Untergang des Retentionsrechtes an der fremden Sache im Zeitpunkt, wo der Vermiether Kenntniss von dem Eigenthum des Dritten erhält, statuirt worden sei, solche Billigkeitsrücksichten aber nicht erst dahinfallen, wenn der Vermiether nach Ablauf der Miethzeit den Miethvertrag erneuere, sondern auch schon dann, wenn er unterlasse, ein ihm vertraglich eingeräumtes Recht der Kündigung oder Wegweisung des Miethers oder das Recht des Art. 287 zu benutzen, so muss diese Argumentation als im Widerspruch mit dem Gesetz stehend erachtet werden; denn jenes angebliche Motiv des Gesetzgebers, von dem der Vorderrichter spricht, ist im Gesetz nicht nur nicht ausgesprochen, sondern nicht einmal angedeutet, und es ist daher der Schluss unzulässig, es habe im Willen des Gesetzgebers gelegen, für den Untergang des einmal gültig entstandenen Retentionsrechtes des Vermiethers an der Sache eines Dritten andere Grundsätze zur Anwendung kommen zu lassen, als bezüglich der Sachen des Miethers selbst; zur Auflage der Rechtspflicht an den Vermiether, den Miethvertrag zu kündigen oder gar zu eigenem Nachtheil, nämlich mit der Gefahr, für einige Zeit die Miethräume unvermiethet zu haben, in ausserordentlicher Weise dem Miethverhältniss ein Ende zu machen, ansonst das Retentionsrecht an Sachen Dritter untergehe, hätte es daher der Aufnahme einer diesbezüglichen Bestimmung im Gesetze selbst bedurft.

8. Es ist allerdings richtig, dass gegenüber dem früheren

gesetzlichen Pfandrecht des Vermiethers nach zürch. Recht, Art. 294 O.-R. in seinen Consequenzen zu Gunsten der Vermiether in dieser wie in andern Richtungen sehr weit geht, und es hätte sich de lege ferenda vielleicht gerechtfertigt, bezüglich Sachen Dritter noch eine weitere Beschränkung aufzunehmen als bloss den Vorbehalt des guten Glaubens im Sinne von Art. 227. Ja es ist dem Vorderrichter zuzugeben, dass unter Abwägung der verschiedenen Interessen das von ihm vertretene Auskunftsmittel wenigstens in der Richtung vielleicht empfehlenswerth gewesen wäre, dass man wirklich bestimmt hätte, es müsse der Vermiether, sobald er Kenntniss vom Eigenthum des Dritten erhalten, die Miethe auf den nächsten offenen gewöhnlichen Termin laut Vertrag oder Gesetz kündigen, ansonst er das Retentionsrecht an den Sachen Dritter verliere, während die weitern Consequenzen des Vorderrichters, dass auch jede Nichtbenutzung des Art. 287 O.-R. oder gar einer Vertragsbestimmung, die zum Begehren sofortiger Räumung der Miethwohnung bei unpünktlicher Zinsung berechtigt, wie im vorliegenden Streitfall, die nämlichen Folgen haben solle, gewiss auch de lege ferenda zu verwerfen wären; denn man denke nur z. B. an einen der in praxi häufigsten Fälle, nämlich die Collision des Retentionsrechtes des Vermiethers mit dem Eigenthum der Ehefrau des Miethers, wo also Miether und dritter Eigenthümer dasselbe Interesse haben, beide zuerst den Vermiether täuschen resp. im Glauben lassen, die Illaten gehören dem Miether, dann Anzeige machen von dem Eigenthum der Ehefrau, um nachher die Gutmüthigkeit des Vermiethers, der aus Mitleiden nicht sofort von Art. 287 oder einer noch strengeren Vertragsbestimmung Gebrauch macht, noch mit der Entziehung des Retentionsrechtes zu belohnen.

9. Huldige man de lege ferenda übrigens dieser oder jener Anschauung, so muss eben gesagt werden, dass der Gesetzgeber keine solche Beschränkung des Retentionsrechtes des Vermiethers bezüglich Sachen Dritter, wie sie der Vorderrichter annimmt, aufgestellt hat und die Begründung des vorderrichterlichen Urtheils nicht etwa als eine unrichtige Auslegung einer an sich verschiedener Auslegung fähigen Gesetzesstelle erscheint, in welchem Falle von Kassation keine Rede sein könnte, sondern im Widerspruch steht mit dem klaren Wortlaut des Art. 294 und 227 O.-R., wonach dem Beklagten das streitige Retentionsrecht auch an den der Klägerin gehörenden Gegenständen zugestanden hat, weil er bei Entstehung desselben sich im guten Glauben befand, und

es muss dies daher zur Kassation des angefochtenen Urtheils führen.

---

**40.** ***Retentionsrecht des Vermiethers. Ausdehnung desselben. Art. 294 O.-R.***

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts i. S. Löliger c. Concursmasse Gutersohn v. 23. Juli 1886.

Kläger hatte dem Gutersohn den Gasthof zum Falken verpachtet. Als der Pächter bald darauf in Concurs gerieth, machte Kläger nicht nur für den Pachtzins, sondern auch für Fr. 441. 80 Entschädigung für fehlendes Mobiliar, Fr. 516 Entschädigung für Waschen der Linge, Fr. 554. 85 Kosten der Instandstellung der Localitäten und Fr. 15. 40 Betreibungskosten das Retentionsrecht geltend. Die Concursbehörde wollte dasselbe nur für den Pachtzins, die Instandstellungs- und die Betreibungskosten anerkennen. Das Gericht sprach es für alle klägerischerseits geforderten Posten zu.

Motive: Massgebend ist Art. 294 O.-R. Derselbe gewährt allerdings das Retentionsrecht nur für den Miethzins ausdrücklich; allein diess schliesst nicht aus, dass auch andere Verpflichtungen des Miethers, welche einen Bestandtheil der Gesammtleistung bilden, die dem Miether für die Benützung des Miethobjectes obliegt, den Schutz des Retentionsrechts ebenfalls geniessen. Ein innerer Grund, diese Nebenverpflichtungen anders zu behandeln als die Pflicht zur Leistung der Miethe, lässt sich nicht denken, und so darf wohl angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei dem Ausdruck „Miethzins" an dieser Stelle überhaupt die vertragliche Leistung des Miethers im Auge gehabt hat, im Gegensatz etwa zu der Ersatzleistung für Bruch des Vertrages von Seiten des Miethers.

Nun ist der Gasthof als Ganzes sammt dem zu seinem Betrieb dienenden Inventar, welches als Zubehörde der Liegenschaft anzusehen ist, an Gutersohn vermiethet worden, und dieser hat sich verpflichtet, alles in gleichem Zustand wieder abzutreten. Der Anspruch des Klägers aus dieser Verpflichtung, wozu auch die Ersatzleistung für fehlendes Wirthschaftsgeräthe und schmutzige Wäsche gehört, muss nach dem Gesagten ebenfalls retentionsberechtigt sein. Ein Grund, die letztgenannten Leistungen anders zu behandeln als die Instandstellungskosten, besteht nicht.

---

41. *Dienstvertrag. Schadenersatz wegen vorzeitiger Auflösung. Für den Werkführer eines Fabriketablissements gilt die Kündigungsfrist des Art. 343 O.-R., nicht jene des Art. 9 des Bundesgesetzes betr. die Arbeit in den Fabriken.*

**Aargau.** Urtheil des Obergerichts vom 14. Juli 1886.

Der Beklagte, welcher seit 1875 in dem Schuhfabrikationsgeschäfte des Klägers als Werkführer angestellt war, trat im Frühjahr 1884 in ein Concurrenzgeschäft. Am 1. August 1884 kehrte er wieder in die Fabrik des Klägers zurück. Am 19. October 1884 kündigte der Beklagte dem Kläger auf 14 Tage. Am gleichen Tage erwirkte der Kläger eine Beschlagnahme der Möbel des Beklagten. In Folge eines Wortwechsels erklärte der Beklagte dem Kläger am 20. October, dass er das Geschäft sofort verlasse. Am 21. October liess er dann aber dem Kläger schriftlich mittheilen, dass er die am 19. October erfolgte Kündigung zurückziehe. Der Kläger erwiderte, dass er die Wiederaufnahme der Arbeit durch den Beklagten nur dann gestatte, wenn ein schriftlicher Anstellungsvertrag errichtet werde. Nach dem vom Kläger vorgelegten Vertragsentwurfe sollte der Beklagte sich unter einer Konventionalstrafe von Fr. 2000 verpflichten, für den Fall, dass er das klägerische Geschäft verlasse, in der Schweiz weder in einem Concurrenzgeschäfte Arbeit zu nehmen, noch sich an einem solchen zu betheiligen. Der Beklagte weigerte sich, auf diese Bedingungen einzugehen. Die vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzforderung von Fr. 5000 wurde im reducirten Betrage von Fr. 1500 in beiden Instanzen gutgeheissen.

Motive: 1. Vom Beklagten wird geltend gemacht, er sei, Mangels eines schriftlichen Vertrages, nach Art. 9 des Bundesgesetzes über die Arbeit in den Fabriken berechtigt gewesen, das Dienstverhältniss auf 14 Tage zu kündigen. Der Beklagte kann sich jedoch auf diese Bestimmung nicht berufen. Dieselbe normirt den Austritt des Fabrikarbeiters aus dem Geschäfte, wie sich schon aus der Vorschrift ergibt, dass die Aufkündung jeweilen am Zahltag oder am Samstag geschehen soll. Der Beklagte ist nicht Fabrikarbeiter im Sinn des citirten Bundesgesetzes. Er hat im Geschäft des Klägers die Stelle eines Werkführers eingenommen, und es ist sonach die Lösung des zwischen ihm und dem Kläger bestandenen Dienstverhältnisses nach den Vorschriften des Obligationenrechts (Art. 348 und 343) zu beurtheilen.

2. Es erscheint selbstverständlich, dass die Lösung des Dienstverhältnisses durch den, seit vielen Jahren mit dem

Geschäfte des Klägers vertrauten Beklagten und sein plötzlicher Austritt für den Kläger nachtheilig war, um so mehr als letzterer wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Kündigungsfrist die durch den Weggang entstehende Lücke nicht sofort wieder ausfüllen konnte. Zur Entschuldigung des Beklagten dient, dass der Kläger sein Verbleiben in der Fabrik, wozu er bereit war, nur zulassen wollte, wenn er sich verpflichte, niemals in einem Concurrenzgeschäfte in der Schweiz thätig zu sein, eine Bedingung, deren Annahme dem Beklagten nicht zuzumuthen war. Immerhin war sein Austritt rechtswidrig und im Widerspruch mit Vertrag und Gesetz. Der Beklagte hat die in Art. 343 aufgestellte Kündigungsfrist nicht eingehalten und sich damit eine Verletzung des Dienstvertrags zu Schulden kommen lassen. In Würdigung aller dieser Umstände wird die dem Kläger zukommende Entschädigung auf Fr. 1500 festgesetzt.

---

42. *Werkvertrag. Untersuchungs- und Rügepflicht des Bestellers. Verbesserung des Werkes bei minder erheblichen Mängeln. Art. 358 und 361 O.-R.*

**Schaffhausen.** Urtheil des Obergerichts vom 13. Februar 1885.

Zwischen den Parteien war ein Werkvertrag abgeschlossen worden, wonach sich der Kläger verpflichtete, dem Beklagten einen Eisschrank mit Füllung aus Schlackenwolle zu liefern. Die Lieferung fand am 11. Juni statt. Am 24. oder 25. Juni entdeckte der Beklagte, dass der Schrank statt mit Schlackenwolle mit Hobelspähnen gefüllt sei, und reklamirte deshalb bei dem Kläger am 26. desselben Monats. Es kam in der Folge zum Prozesse und das Obergericht entschied in Bestätigung des erstinstanzlichen Zwischenentscheides, es sei dem Kläger und Widerbeklagten eine Frist von 4 Wochen anzusetzen, um den streitigen Eisschrank zu verbessern, d. h. denselben in vertraglicher Weise ausschliesslich mit Schlackenwolle auszufüttern; wenn er diese Verbesserung innert dieser Frist nicht vornehme, sei er verpflichtet, den Schrank zurückzunehmen.

Motive: 1. Es kann nicht gesagt werden, dass die Reclamation zu spät erfolgt sei. Allerdings hat das Anbohren der Rückwand und damit die Entdeckung des Mangels nach des Klägers Behauptung schon früher stattgefunden, aber daraus könnte für den Beklagten keine Verpflichtung erwachsen, den Schrank bedingungslos zu behalten, da durch jenes Anbohren das Zuwiderhandeln gegen den Vertrag in dem jetzt bewie-

senen Umfange noch nicht festgestellt war. Der Beklagte wäre demnach befugt gewesen, den Schrank ohne Weiteres zur Verfügung zu stellen auch nach der stattgefundenen Abänderung, die er in guten Treuen in der Meinung, der Schrank sei vorschriftsgemäss erstellt, vorgenommen, und die Folgen dieser Abänderung hätten den Kläger treffen müssen, nachdem seine dolose Handlungsweise constatirt war.

2. Den Beklagten aber trifft der Fehler, dass er den Schrank, statt ihn zur Verfügung zu stellen und Lieferung eines neuen zu verlangen, eingemauert gelassen und benützt hat. Das Gericht nimmt daher zunächst von der Heimschlagung des Werkes an den Ersteller Umgang und legt ihm in erster Linie Verbesserung des Werkes auf. Blos wenn diese in gesetzter Frist nicht vorgenommen wird, ist der Kläger verpflichtet, das Werk zurückzunehmen und allen Schaden (für Störung des Wirthschaftsbetriebes u. s. w.) zu ersetzen.

---

43. *Befristete Bürgschaft. Art. 502 O.-R. Begriff der „erfolglosen Betreibung" im Sinne des Art. 493 O.-R.*

**Thurgau:** Urtheil des Obergerichts vom 29. October 1886 i. S. Frau Frei-Eckert c. Ulrich Gibel.

Die Litiganten unterzeichneten am 22. September 1885 folgenden Bürgschein: „Unter heutigem Datum erhält Herr J. Koller-Wyder in Zürich von C. Spillmann in Zürich ein Darleihen von Fr. 500 und verpflichten sich Unterzeichnete, obigem Kreditor bis zur gänzlichen Abzahlung solidarisch zu haften unter der Bedingung, dass obige Schuld in 6 monatlichen Ratenzahlungen von Koller-Wyder abgeherrscht wird."

Mit Datum, angeblich vom 30. Januar 1886, schrieb C. Spillmann auf diesen Bürgschein folgende Cession:

„Obigen Schuld- und Bürgschein in vollem Werthe an Frau Frei-Eckert, untere Schmalzgrube 4 Zürich, abgetreten und den Gegenwerth erhalten."

Die Klägerin behauptete, sie habe, da von Koller-Wyder nichts erhältlich gewesen sei, die ganze Bürgschaftssumme an den Kreditor Spillmann bezahlt, und belangte ihren Mitbürgen um die Hälfte der Bürgschaftssumme. Derselbe bestritt den Regress, indem er geltend machte, das Darleihen sei gar nicht effektuirt worden, Klägerin habe den Bürgschein zur Deckung für eigene Forderungen an Koller-Wyder erlangt, den Betrag nicht an Spillmann bezahlt. Die Bürgschaft sei auch desshalb untergegangen, weil der Schuldner nicht je nach Verfall der monatlichen Raten betrieben und eine am

9. März 1886 angehobene Betreibung nicht durchgeführt worden, resp. die Angabe des Schuldners, es gehöre alles seiner Ehefrau, unbestritten geblieben sei.

Die erste Instanz wies die Klage ab. In der Berufungsinstanz ersuchte die Klägerin um Anordnung eines Beweisverfahrens über die Einreden des Beklagten. Nicht die Bürgschaft, sondern nur die Hauptschuld, sei eine bedingte, terminirte; die Bedingung beziehe sich nur auf das Verhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner. In Bezug auf die beiden letzten Termine jedenfalls sei der Rechtstrieb rechtzeitig angehoben worden und dessen Erfolglosigkeit dargethan. Der Pfandschein sei ein leerer und die Klägerin nicht verpflichtet gewesen, den Vindikationsprozess anzuheben. — Die Appellation der Klägerin wurde jedoch verworfen.

Motive: Die Bürgschaft, welche der Beklagte eingegangen hat, stellt sich als eine terminirte heraus, da er haftete „unter der Bedingung, dass obige Schuld in 6 monatlichen Ratenzahlungen von Koller-Wyder abgeherrscht werde.“ Die Bedingung hat offenbar den Sinn, dass die Bürgschaft gelten solle, wenn die Termine bezahlt werden, resp. wenn für dieselben jeweilen rechtzeitig der Rechtstrieb angehoben werde. Die Fristbestimmung bezieht sich nach dem Tenor des Schuld- und Bürgscheins ausdrücklich auf die Bürgschaft und ist diese desshalb befristet. Da in Bezug auf die vier ersten Termine zugegebener Maassen die Bedingung nicht inne gehalten wurde, ist der Regress in Bezug auf sie verwirkt.

Für die beiden letzten Termine ist der Rechtstrieb rechtzeitig angehoben worden und fragt es sich lediglich, ob die Betreibung im Sinn des Art. 493 des O.-R. erfolglos gewesen sei, in welch letzterem Falle der Bürge belangt werden könnte. Die Betreibung, welche die Klägerin gegenüber Koller-Wyder angehoben hat, ist nicht als eine erfolglose nachgewiesen. Allerdings ist der Pfandschein ein sog. leerer, doch werden in demselben Gegenstände aufgeführt, in Bezug auf welche es illiquid ist, ob sie dem Hauptschuldner gehören, oder ob sie mit Recht von dessen Ehefrau angesprochen werden. Die Klägerin durfte nicht ohne weiteres auf allfällige Rechte an diesen Objekten verzichten; wollte sie nicht selbst in den Vindikationsprozess eintreten, so musste sie dem Beklagten davon Kenntniss und damit die Gelegenheit geben, den Prozess zu führen. Sie hat dies aber nicht gethan und damit den Regress auch in Bezug auf die beiden letzten Termine verloren.

44. *Bürgschaft. Anspruch des Bürgen auf Herausgabe der Beweismittel. Art. 504, 507, 102 O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Rekurskammer des Obergerichts vom 9. December 1886 in S. Titus Dürr & Cie. c. A. Lüde.

Die Rekurrenten Titus Dürr & Cie. betrieben A. Lüde für eine Restschuld aus Bürgschaft bis zur Durchführungsanzeige. Dann bewirkte dieser Sistirung der Schuldbetreibung, indem er den geforderten Betrag gerichtlich hinterlegte. Die Rekurrenten erhoben Einwendung gegen die Bewilligung der Deposition und verlangten Herausgabe des Betrages, wogegen sie den Bürgschein aushändigen wollten. A. Lüde forderte jedoch auch Herausgabe von vier den Gläubigern übergebenen im Jahre 1882 fällig gewesenen Wechseln und protestirte unter Berufung auf Art. 504, 507 und 102 O.-R. gegen die Auszahlung des deponirten Betrages an die Gläubiger, nachdem diese die Erklärung abgegeben hatten, jene Wechsel seien zerstört. Der Audienzrichter hielt die Deposition aufrecht, indem er den Gläubigern Frist zur Anhängigmachung ihres Anspruchs im ordentlichen Verfahren ansetzte. Der Rekurs von Titus Dürr & Cie. gegen diese Verfügung wurde gutgeheissen und die Verabfolgung des streitigen Depositums angeordnet.

Motive. Der Rekursgegner hat nicht einmal wahrscheinlich gemacht, dass die verlangten Wechsel, die nach Art. 803 ff. O.-R. längst verjährt sind, zur Geltendmachung seiner Rechte gegen die Hauptschuldnerin im Sinne von Art. 507 O.-R. wirklich dienlich und nothwendig seien. Es ist anzunehmen, dass schon die Rückgabe des Bürgscheines in Verbindung mit den übrigen Belegen, die in der Hand des A. Lüde sein müssen, zum Nachweis der Regressforderung genüge.

Gesetzt sodann, der Art. 507 habe wirklich gleichzeitige Erfüllung beider Theile, des Bürgen und des Gläubigers im Auge und es kommen deshalb Art. 102 und 105 O.-R. zur Anwendung, so genügt es offenbar, wenn Titus Dürr & Cie. zu Protokoll des Audienzrichters erklärten, die fraglichen Urkunden seien vernichtet. Die Verfügung, in welche diese Erklärung aufgenommen wird, ist ja unzweifelhaft eine „öffentliche oder beglaubigte Urkunde." Eine Amortisation der fraglichen Wechsel aber (vgl. Art. 105 Abs. 2 und Art. 796 O.-R.) kann offenbar nicht in Frage kommen.

45. *Die Liquidation einer Collectivgesellschaft ist auch in der Form einer Veräusserung des ganzen Geschäftes mit Activen und Passiven an einen der bisherigen Gesellschafter zulässig. Art. 580 ff. O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer des Obergerichtes vom 9. October 1886.

Thatsächliches: Unter der Firma G. & Cie. bestand vom 6. October bis zum 8. December 1885 eine Collectivgesellschaft, deren solidare Antheilhaber G. und B. waren. Am 7. December 1885 schlossen die beiden Gesellschafter einen Auflösungsvertrag ab, durch welchen das ganze Geschäft mit Activen und Passiven dem einen Associé, B., übertragen wurde, und im Handelsamtsblatt erschien dem entsprechend mit Datum vom 8. December die Mittheilung, dass die Firma G. & Cie. erloschen sei und B., welcher die Activen und Passiven der erloschenen Firma „G. & Cie." übernommen habe, das Geschäft unter der Firma „A. B." weiterführe.

Am 8. Februar 1886 gerieth B. in Concurs und auf Gesuch einiger Gläubiger der frühern Firma G. & Cie. wies der Concursrichter die Notariatskanzlei an, die Ausscheidung der aus dem Geschäfte G. & Cie. herrührenden Activen und Passiven vorzunehmen und den Creditoren hievon Kenntniss zu geben, unter Ansetzung einer Frist, binnen welcher Einwendungen dagegen zu erheben wären, dass aus diesen Activen vorerst diejenigen Passiven getilgt werden, welche B. von der frühern Firma übernommen habe. Binnen der den Kreditoren angesetzten Frist protestirte die Ehefrau des B. gegen die Ausscheidung, weil es sich im vorliegenden Falle um den Auffall eines Einzelkaufmannes handle und nicht um den Concurs einer Collectivgesellschaft, der Art. 566 O.-R. sonach nicht Anwendung finde. Durch Erkenntniss des Concursrichters wurde indessen die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Activen der frühern Firma G. & Cie. definitiv genehmigt und festgesetzt, es sei der Erlös aus denselben zur Befriedigung der Gläubiger der frühern Collectivgesellschaft mit Ausschluss der Privatgläubiger des Cridars zu verwenden. Die über diesen Entscheid von der Frau B. erhobene Beschwerde, in welcher ausgeführt wurde, es sei eine unrichtige Supposition, dass G. & Cie. in Liquidation gegangen und B. Liquidator geworden sei, vielmehr sei Letzterer durch den Auflösungsvertrag und die damit verbundene Uebertragung des Besitzes alleiniger Eigenthümer der Activen von G. & Cie. geworden, wurde von der Appellationskammer gutgeheissen.

Motive: Zunächst geht sowohl aus dem Vertrage zwischen G. und B. vom 7. December 1885 als auch aus der Publication im Handelsamtsblatt vom 8. December klar hervor, dass die Absicht beider Contrahenten dahin ging, dass die Firma G. & Cie. aufgelöst sein solle und B. deren Activen und Passiven übernehme. Es frägt sich daher nur, ob eine solche sofortige Auflösung einer Firma, in der Weise, dass an die Stelle einer eigentlichen Liquidation der Activen und Befriedigung der Handelsgläubiger aus deren Ergebniss die Uebernahme der Activen und Passiven durch den einen der Gesellschafter tritt, gesetzlich zulässig sei. Zunächst spricht für die gesetzliche Zulässigkeit schon der Umstand, dass es allgemein so üblich ist, wie fast aus jeder Nummer des Handelsamtsblattes hervorgeht. Aber auch das Gesetz, wobei hauptsächlich Art. 580 O.-R. in Betracht fällt, hat nicht den Sinn, dass eine derartige Auflösung einer Collectivgesellschaft unzulässig sei; denn dann wäre ohne Zweifel mit Rücksicht auf die von jeher herrschende Handelsübung das Gesetz so abgefasst worden, dass darüber kein Zweifel obwalten könnte. In der That liegt eben im Verkauf der sämmtlichen Activen einer Firma an einen Gesellschafter unter Ueberbindung der Passiven ebenso gut wie in dem Verkaufe an einen Dritten die Liquidation, d. h. mit diesem Verkaufe ist eben die Firma liquidirt. Das deutet denn auch Schneider an in seinem Commentar zu Art. 582 Ziff. 4. Es ist daher die Firma G. & Cie. mit dem 8. December 1885 aufgelöst worden und sind also auch mit diesem Zeitpunkte deren Activen in das alleinige Eigenthum des B. übergegangen.

Allerdings hat nun dieser Eigenthumsübergang die eigenthümliche Folge, dass der Ehefrau des B., der heutigen Recurrentin, für ihre Weibergutsforderung ein Privilegium an diesen Activen zusteht, während sie ein solches im Concurse der Collectivgesellschaft nicht hätte geltend machen können, und man mag dies als ein materielles Unrecht empfinden; allein dafür ist die Gesetzgebung verantwortlich und der Richter könnte dasselbe nur dann korrigiren, wenn die Rekursgegner (Hauptgläubiger der Firma G. & Cie.) der Rekurrentin nachzuweisen vermöchten, dass schon bei Bildung der Firma G. & Cie. die Absicht obgewaltet habe, mit Benutzung des Credites der Collectivgesellschaft, welcher allerdings zum Theil darauf beruhen mochte, dass in deren Concurse das Weibergutsprivilegium ausgeschlossen ist, Schulden zu contrahiren und dieselben dann später durch Auflösung der Firma in der Weise abzuschütteln, dass sie im Concurse

ihres Ehemannes mit ihrem Weibergutsprivilegium die Hand auf sämmtliche Activen lege. In diesem Falle läge sogar ein förmlicher strafrechtlicher Betrug vor, aus welchem den Betrogenen das Recht entstände, den widerrechtlich erreichten Vortheil wieder rückgängig zu machen. Diese betrügliche Absicht ist aber von den Recursgegnern nicht nachgewiesen, ja nicht einmal ernstlich behauptet worden. Dagegen ist es noch kein Betrug, wenn auch die Recurrentin, um ihr Weibergut zu retten, ihren Ehemann bewogen hat, die frühere Firma aufzulösen und das Geschäft in Activen und Passiven selbst zu übernehmen. Uebrigens ist auch das nicht erwiesen, dass jener Vertrag diesen Zweck hatte, sondern ist ganz wohl gedenkbar, dass damals weder sie noch B. an die Möglichkeit des baldigen Concurses dachten.

---

**46.** *Société anonyme. Les modifications apportées par l'assemblée générale des actionnaires aux conditions énoncées dans l'acte de souscription des actions ne lient pas les actionnaires qui n'y ont pas adhéré.*

**Neuchâtel.** Arrêt du Tribunal cantonal dans la cause Fabrique d'horlogerie de Delémont c. Callmann Lewie et frères du 7 décembre 1885.

Dans le but de constituer à Delémont une société anonyme sous le nom de „fabrique d'horlogerie", il a été dressé une liste de souscriptions éventuelles d'actions, qui renferme entr'autres la condition, que le capital social sera de 250,000 fr. divisé en actions au porteur de 5000 fr. chacune. Sous ces conditions Callmann Lewie et frères ont souscrit une action de 5000 fr. A la date du 7 mars 1884 a eu lieu à Delémont une assemblée pour la fondation de la société. Callmann Lewie et frères ne furent prévenus que la veille du jour de cette réunion; ils n'y assistèrent pas personnellement, mais il fut noté au procès-verbal qu'un des souscripteurs, M. Nordmann, présent à la réunion, les représentait. L'art. 3 des statuts adoptés par l'assemblée porte que toutes les actions seront nominatives. Le premier versement de 2500 fr. par action fut effectué par Callmann Lewie et frères sous réserve de n'accepter qu'un titre au porteur. La société leur contesta le droit de réclamer un tel titre; or, ils refusèrent d'effectuer le paiement de la seconde moitié de l'action.

Ensuite de ces faits, la fabrique d'horlogerie a actionné C. L. et fr. en paiement du solde de l'action souscrite par

eux. Ceux-ci ont conclu à libération et, reconventionnellement, au remboursement de leur premier versement de 2500 fr.

Le Tribunal cantonal a donné gain de cause aux défendeurs.

Motifs: Attendu que la société demanderesse prétend qu'elle s'est valablement constituée dans la réunion des souscripteurs du 7 mars 1884 et qu'à ce titre les décisions prises par la majorité d'entre eux sont devenues obligatoires pour tous.

Attendu qu'à cette date la société était encore à l'état de projet, puisque d'une part, le capital social n'était pas alors définitivement et intégralement souscrit, ni le cinquième au moins de chaque action déjà versé, et que d'autre part, le prix des biens dont la société en voie de formation devait faire reprise n'était pas fixé.

Attendu qu'alors même que la liste de souscriptions éventuelles porte: „que les statuts définitifs seront arrêtés en assemblée des souscripteurs d'actions à leur majorité et que tous les souscripteurs, même ceux faisant partie de la minorité et les absents y seront soumis", il ne pouvait dépendre de la volonté d'une majorité d'entr'eux de modifier la condition sous laquelle la souscription éventuelle avait été faite, notamment de décider que les actions souscrites au porteur seraient nominatives.

Que s'il entrait dans les convenances de cette majorité de constituer une société anonyme sur d'autres bases que celles primitivement arrêtées, ceux d'entre eux qui ne consentaient pas cette dérogation s'excluaient de toute participation à la société en voie de formation sur ces nouvelles bases et leur souscription devenait nulle;

Attendu que les défendeurs n'ont pas adhéré aux statuts tels qu'ils ont été adoptés dans la réunion du 7 mars et qu'il n'a été apporté aucune preuve qu'ils aient donné mandat à M. Nordmann de les représenter et d'y adhérer en leur nom;

Attendu que les statuts de la société demanderesse ne sont pas exécutoires contre les défendeurs et qu'elle doit leur faire retour du versement qu'ils avaient opéré le 29 mars 1884 en prévision d'une participation au bénéfice de laquelle ils se trouvent exclus.

47. *Transport par chemin de fer. Retard causé par la saisie de la douane; prétendue responsabilité de la Compagnie. Loi fédérale sur les transports par chemin de fer du 20 mars 1875, art. 35 et 38.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile dans la cause Cie. Paris-Lyon-Méditerranée c. Martin du 7 juin 1886.

Martin remit le 6 septembre 1884 à la Cie P.-L.-M., à Genève, 10 fûts de vin, à destination de Lambert à Gray. La Cie déclara à la douane française, conformément à la déclaration qui lui en avait été faite par l'expéditeur, que ces fûts contenaient 5880 litres de vin naturel. L'administration des douanes à Bellegarde saisit les fûts, pour fausse déclaration, le vin ayant paru n'être pas naturel et contenir un excès d'alcool. Le 18 novembre, mainlevée de la saisie fut donnée par les douanes, le résultat d'une expertise ayant démontré le mal-fondé de ses prétentions. Les fûts purent alors continuer leur route jusqu'à Gray, mais le destinataire les refusa, vu le retard considérable apporté à leur arrivée. Le 9 décembre, Martin assigna la Cie devant le Tribunal de commerce en paiement intégral du prix de la marchandise et, en outre, en paiement de 2000 fr. de dommages-intérêts. En cours d'instance, la Cie fut autorisée à faire vendre les fûts restés en souffrance. Malgré cette vente, elle n'en reste pas moins créancière de la somme de fr. 1126. 15, pour frais de transport, de douane et de magasinage; elle en demande reconventionnellement le remboursement.

Le Tribunal de commerce a décidé que la Cie était, aux termes des art. 35 et 38 de la loi féd. sur les transports du 20 mars 1875, responsable, au regard de l'expéditeur, des agissements de l'Administration des douanes françaises. La Cour de Justice civile à réformé et mis à néant ce jugement, a débouté Martin de toutes ses conclusions contre la Cie P.-L.-M. et l'a condamné à payer à la dite Cie la somme de fr. 1126. 15 avec intérêts de droit et tous les dépens.

Motifs: Considérant qu'il est constant en fait que la Cie P.-L.-M. n'a commis personnellement aucune faute ayant amené un retard dans le transport de la marchandise qui lui avait été confiée; qu'il n'est point même allégué que ce retard soit dû à une faute quelconque de sa part;

Que ce retard est dû uniquement à la saisie à laquelle a procédé l'Administration des douanes en gare de Bellegarde;

Considérant que la reponsabilité spéciale à laquelle sont soumises les Cies de chemins de fer par les art. 35 et 38 de la loi sur les transports, et aux termes desquels elles répon-

dent de fautes et d'accidents qui ne leur sont pas personnellement imputables, ne saurait être invoquée en l'espèce;

Qu'en effet, cette responsabilité ne peut être invoquée que dans le cas où la faute commise ou l'accident survenu est le fait d'un transporteur subséquent;

Considérant que le fait qui a motivé le retard n'est point dû à un transporteur, mais à l'Administration des douanes françaises; que l'appelante ne saurait donc, à aucun titre, être rendue responsable des actes de cette autorité, à laquelle elle est soumise et sur laquelle elle n'a aucune action;

Considérant que la saisie à laquelle ont procédé les douanes doit, au regard de l'appelante, être considérée comme un cas de force majeure; qu'en conséquence, la Compagnie ne saurait encourir aucune responsabilité pour le dommage causé par le retard dans la livraison des fûts expédiés par Martin.

---

48. *Concordat vom 7. Juni 1810 betr. Konkursrecht. Gültigkeit gegenüber dem Kanton Schwyz.*

**Luzern.** Entscheid der Justizcommission vom 14. Juli 1885.

S. C. & Cie. hatten vom Gerichtspräsidenten von L. die Bewilligung zur Ausschreibung eines Separatkonkurses für ihre Wechselforderung von Fr. 9347 bezüglich eines im Kanton Luzern liegenden Guthabens des J. S.-K. in Gersau erhalten. Der von B. H. dagegen erhobene Rekurs wurde von der Justizcommission als begründet und der Separatkonkurs als unzulässig erklärt, erwägend:

dass gemäss § 1 des Concordates vom 7. Juni 1810 im Konkursfalle alle dem Konkursiten zugehörigen Guthabenstücke ohne Rücksicht auf den Ort, wo sie sich befinden, in die Hauptmasse einzuwerfen sind;

dass der Kanton Schwyz zwar formell diesem, die Einheit des Konkurses im Fahrenden bezweckenden Concordate nie beigetreten ist, jedoch bezüglich dieses Concordates unter Reciprocitätsvorbehalt die Erklärung abgegeben hat, die Angehörigen anderer Kantone in jedem Falle gleich den eigenen Landsleuten behandeln zu wollen, welche Erklärung hierorts, da die Bedingung, an welche Schwyz die Gleichstellung knüpft (Gegenrecht), hierorts den Schwyzerbürgern gehalten wird, immer als Anerkennung der im fraglichen Concordate über Einwerfung von Guthaben in die Hauptmasse niedergelegten Grundsätze aufgefasst wurde, so dass Schwyz als thatsäch-

lich dem Concordate beigetreten zu betrachten und diesem Kantone gegenüber der betreffende § 1 hierseits zu beobachten ist;

dass, wenn, wie Opponenten behaupten, J. S.-K. für die fragliche Wechselschuld von Fr. 9347 Domicil in Luzern genommen hätte, allerdings die Frage auftauchen könnte, ob nicht § 1 des mehrerwähnten Concordates unter dem Orte, wohin die Hauptmasse zu liegen kommt, jedes Domicil des Schuldners verstehe und daher auch in Luzern, als vertraglich statuirtem Domicil S., eine Hauptmasse zu bilden sei, diese Frage jedoch in casu unerörtert bleiben kann, da die von den hierseitigen Gesetzen aufgestellten Voraussetzungen eines Konkurses (hierorts erfolglos durchgeführte Betreibung oder Insolvenzerklärung des Schuldners) vorliegend nicht zutreffen.

---

49. *Theilung einer Schutzwaldung zwischen zwei Burgergemeinden. Competenz. Bundesgesetz betr. die eidgen. Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge vom 24. März 1876, Art. 12.*

**Tessin.** Urtheil des Appellationsgerichts i. S. Patriziato di Gribbio c. Patriziato di Doro vom 13. Januar 1886.

Die Patriziate (Burgergemeinden) von Gribbio und von Doro haben ein gemeinsames Waldstück, welches Bestandtheil der unter Forstgesetz stehenden Schutzwaldungen ist. Das Patriziat von Gribbio erhebt vor Gericht gegen das Patriziat von Doro die Klage auf Theilung dieses Stückes. Die beklagte Partei beantragt auf Grund von Art. 12 des eidg. Forstgesetzes, dass sich das Gericht incompetent erkläre und die Sache an die Administrativbehörde zur Erledigung weise. Unter- und Obergericht erklären sich competent.

Motive: Considerando che la disposizione dell'art. 12 della legge federale 24 marzo 1876 per l'alta sorveglianza della Confederazione sulla polizia forestale nelle regioni elevate e quella dell'art. 14 del regolamento cantonale 1 giugno 1880 per l'esecuzione della citata legge forestale federale, proibenti la divisione dei boschi, tranne il caso di circostanze straordinarie da riconoscersi dal Governo cantonale, devonsi ritenere riferibili alla divisione dei boschi fra le famiglie di una corporazione od i membri di un solo patriziato o corporazione, ma non alla divisione di vaste foreste fra corporazioni e corporazioni, patriziati e patriziati, da ciascuno dei quali può e deve essere conservata la parte rispettiva, ciò che non

nuoce punto allo scopo di impedire la devastazione delle foreste protettrici, a cui mira il divieto della legge; che dal § 2 del Regolamento che dà facoltà al Consiglio di Stato di permettere la divisione delle foreste protettrici spettante ai privati e non menziona punto le corporazioni ed i patriziati, devesi inferire che per loro sta inconcusso il diritto della divisione come sopra si è detto, chè altrimenti si avrebbe l'assurdo di poter dividere in date circostanze ristrette estensioni di foreste di proprietà privata e non le vaste fra corporazioni e corporazioni.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

**50.** *Art. 29 B.-Ges. betr. Organis. der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten, Anführungspflicht des Klägers bezüglich des Streitwerthes bei Schadensersatzforderungen, deren Bezifferung in das Ermessen des Gerichts gelegt wird.*

In dem gegen M. eingeleiteten Strafverfahren wegen Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang trat A., der Vater des Verletzten, adhärirend als Civilpartei auf und beantragte vor dem kant. Gerichte: „Der Beklagte habe den Eltern A. die laut eingelegter Rechnung geforderten Fr. 793 gutzumachen und im Weitern eine nach Art. 52 und 54 O.-R. in das Ermessen des Gerichts gelegte Entschädigung abzuheben." Das kant. Gericht erklärte aber die Straf- und die Civilklage als unbegründet, weil M. in Nothwehr gehandelt habe. Das Bundesgericht, bei welchem A. seine Entschädigungsforderung auf Fr. 6000 fixirte, erklärte sich zur Beurtheilung des Civilpunktes incompetent, bezw. das Rechtsmittel der Anrufung des B.-G. für unzulässig, weil Kläger vor dem Kantonsgerichte seine Forderung, abgesehen von den für Arzt- und Pflegekosten geforderten Fr. 793, nicht beziffert habe und auch in den Akten keine Angaben über den dem Kläger nach seiner Ansicht erwachsenen und zu vergütenden Schaden enthalten seien, woraus auf das Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerthes von Fr. 3000 vor dem kantonalen Gerichte geschlossen werden könnte; während dem Kläger obgelegen hätte, seine Forderung genau zu beziffern oder doch derartige Angaben über den Streitwerth zu machen, wenn er sich die Beschwerde an das B.-G. wahren wollte.[1]) (Entsch. v. 3. Dzbr. 1886 i. S. Ammann c. Müntener.)

[1]) Vgl. diese Revue Bd. IV S. 3 N° 2. Richtiger dürfte es aber doch sein, den Streitwerth, durch welchen gesetzlich die Weiterziehung ans B.-G. bedingt ist, dann als vorhanden anzunehmen, wenn — was in casu unzweifelhaft der Fall war — für das kantonale Gericht die rechtliche Möglichkeit bestand eine Entschädigung von Fr. 3000 (oder mehr) gutzuheissen; denn in allen diesen Fällen ist eben doch „bei

51. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der B.-Rechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilstreitigkeiten. Inkompetenz des B.-Gerichts zur Beurtheilung der nach kantonalem Rechte zu entscheidenden Rechtsfragen und daherige Rückweisung einer Streitsache an das kant. Gericht zu erneuerter Beurtheilung derselben.*

In dem oben Nr. 12 S. 17 ff. aufgeführten Falle hatte sich das kantonale Gericht, von der rechtsirrthümlichen Anschauung ausgehend, es kommen auch für die unter der Herrschaft des alten Rechtes abgelaufene Zeit einer laufenden Verjährung die Unterbrechungs- resp. Sistirungsgründe des neuen Rechtes zur Anwendung, sich nicht über die — nach Ansicht des B.-Gerichts für die Begründetheit der Verjährungseinrede entscheidende — Frage ausgesprochen, ob die Verjährung vom 24. Juni 1873 bis zum 1. Januar 1883 nach dem kantonalen Rechte ununterbrochen gelaufen sei oder ihrem Beginn oder ihrem Laufe Sistirungsgründe des kantonalen Rechtes entgegengestanden haben. Das B.-Gericht hob demnach das Urtheil der kant. Instanz auf und wies die Sache zu erneuter Beurtheilung an dieselbe zurück, weil das Urtheil auf einer unrichtigen Auslegung und Anwendung des eidgenöss. Rechtes beruhe, das B.-Gericht aber zur Entscheidung der nach kantonalem

---

dem Entscheide des kantonalen Gerichtes der Betrag von Fr. 3000 streitig gewesen". Muss man zugeben — und das Gegentheil wird sich schwerlich behaupten lassen — dass der gesetzliche Streitwerth dann vorhanden und die Weiterziehung daher zulässig sei, wenn das kantonale Gericht die Entschädigung wirklich auf Fr. 3000 oder höher bemessen hat, so gelangt man (nach obigem Entscheide) zu dem sonderbaren Resultate, dass für die Weiterziehung seitens des Beklagten, im Widerspruch mit Art. 29 Abs. 1 leg. cit., (wenigstens wenn derselbe die Entschädigungspflicht oder die Existenz eines Schadens gänzlich bestreitet) die Beschwerdesumme massgebend erklärt wird, dem Kläger aber das Recht zugestanden werden muss, beim B.-G. auf Erhöhung der vom kantonalen Gerichte auf Fr. 3000 oder höher angesetzten Entschädigung anzutragen, während ihm dieses Recht, bezw. das Recht der Weiterziehung überhaupt, versagt wird, wenn das kant. Gericht die Entschädigung auf weniger als 3000 Fr. angesetzt oder die Klage ganz abgewiesen hat. Es dürfte sich daher, im Interesse der Rechtssicherheit, sehr empfehlen, wenn der Kläger in solchem Falle vom kant. Gericht zu einer bestimmten Erklärung darüber angehalten würde, ob er den ihm erwachsenen Schaden auf Fr. 3000 oder weniger anschlage.

Rechte zu beurtheilenden Fragen nicht competent sei.[1]) (Entsch. v. 13. Novbr. 1886 i. S. Brunner c. Brunner.)

---

52. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Berechnung des Streitwerthes, von dessen Vorhandensein das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes bedingt ist.*

In einer Concursstreitigkeit handelte es sich darum, ob eine Forderung von Fr. 1418 oder eine solche von Fr. 4300 im ersten Range auf ein Faustpfand anzuweisen sei. Von der ersten Instanz war die Forderung von Fr. 1418 im ersten und diejenige von Fr. 4300 im zweiten Range angewiesen worden. Die zweite kant. Instanz entschied umgekehrt. Der Gläubiger der Forderung von Fr. 1418 beantragte beim B.-G. Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urtheils. Allein das Bundesgericht erklärte sich incompetent, da es sich lediglich um einen Prioritätsstreit zwischen zwei Faustpfandgläubigern handle und Gegenstand des Rechtsstreits bloss sei, welche der beiden Forderungen bis zum Betrage der geringeren derselben aus dem Erlöse des Pfandobjektes zu befriedigen sei, oder konkret ausgedrückt, ob bis zum Betrage von Fr. 1418 die Rekurrentin oder die Rekursbeklagte vorab zu bezahlen sei. Demnach sei der gesetzliche Streitwerth von Fr. 3000 selbst dann nicht vorhanden, wenn das Pfandobjekt diesen Werth besitzen sollte. (Entsch. v. 19. Febr. 1887 i. S. Sparkasse Muri c. Unfallversicherungsgesellschaft Zürich.)

---

53. *Art. 30 Abs. 1 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. 1) Sonntag oder Feiertag als Ende der Frist zur Ergreifung des Rechtsmittels der Anrufung des B.-G. 2) Genügt die Abgabe der Weiterzugserklärung bei der Post zur Wahrung der Frist? 3) Restitution gegen den Ablauf der Frist. Voraussetzungen.*

1) Läuft die Frist an einem Sonn- oder Festtage aus, so kann die Einlegung des Rechtsmittels an dem nächstfolgenden Tage noch gültig erfolgen, indem Art. 73 Abs. 2 der eidg. C.-P.-O. bei Berechnung dieser Frist ebenfalls Anwendung findet. (Entsch. v. 16. Octbr. 1886 i. S. Schwab c. Stäger und vom 10. Dezbr. 1886 i. S. Birrer c. Aarg.-Luz. Seethalbahn.)

---

[1]) S. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III S. 183 f. Vgl. auch diese Revue Bd. III S. 82 N° 69.

2) Dagegen kann die Abgabe der Weiterzugserklärung an die Post innerhalb der zwanzigtägigen Frist nicht als massgebend erachtet werden, weil Art. 30 Abs. 1 verlangt, dass die Partei, welche von dem Rechtsmittel der Anrufung des B.-G. Gebrauch machen will, sich darüber binnen dieser Frist bei der kantonalen Gerichtsstelle, welche das Urtheil erlassen hat, erklären müsse.[1])

3) Eine analoge Anwendung der Bestimmungen der eidg. C.-P.-O. über die Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Fristen auf die in Art. 30 Abs. 1 festgesetzte Frist ist nur insoweit statthaft, als es sich um Wiedereinsetzung wegen unverschuldeter Behinderung der Partei oder ihres Sachwalters handelt (Art. 70 d. eidg. C.-P.-O.); dagegen ist die Anwendbarkeit des Art. 69 ibidem durch die Natur der Rechtsmittelfristen ausgeschlossen. (Entsch. v. 19. Febr. 1887 i. S. Leemann c. Bigler.)

---

54. *Art. 30 Abs. 4 B.-Ges. über Organis. der B.-Rechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilstreitigkeiten. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Aktenvervollständigung in der bundesgerichtlichen Instanz statthaft? Ist dieselbe insbesondere zulässig zum Nachweise der Unrichtigkeit der thatsächlichen Feststellungen des kantonalen Urtheils?*

In einem Eisenbahnhaftpflichtfalle hatte das Bezirksgericht Z. aus einem ärztlichen Gutachten den Schluss gezogen, dass der Kläger für die Zukunft in seiner Erwerbsfähigkeit um die Hälfte geschmälert sei, und demgemäss, unter Verwerfung des Begehrens um Anordnung einer Oberexpertise und der Abhörung von Zeugen über den Gesundheitszustand des Klägers, die Beklagte verurtheilt. Die Parteien einigten sich, das erstinstanzliche Urtheil, mit Umgehung der zweiten kantonalen Instanz, sofort an das Bundesgericht zu ziehen. Vor Bundesgericht wiederholte die Beklagte das oben erwähnte prozessualische Begehren, wurde aber mit demselben abgewiesen, aus folgenden Gründen: Dem Aktenvervollständigungsbegehren der Beklagten kann nicht stattgegeben werden. Denn eine Aktenvervollständigung in der bundesgerichtlichen Instanz ist gemäss Art. 30 Abs. 4 Org.-Ges. nur dann statthaft, wenn die kantonalen Gerichte einen Beweis über bestrittene erhebliche Thatsachen wegen vermeint-

---

[1]) Anders bei allen übrigen gesetzlichen und richterlichen Fristen; vgl. Amtl. Samml. der b.-g. Entscheidungen Bd. II, S. 147 f.

licher Unerheblichkeit des Beweisthemas abgelehnt haben, nicht aber auch dann, wenn die Erhebung anerbotener Beweise desshalb abgelehnt worden ist, weil der Thatbestand für das Gericht bereits hinlänglich klargestellt sei, so dass eine weitere Beweisaufnahme an dem Ergebniss nichts mehr ändern könne (S. amtl. Samml. d. b.-g. Entscheide Bd. VIII S. 821 Erw. 2).[1]) Nun ist von der ersten Instanz die Erhebung einer Oberexpertise über den Gesundheitszustand des Klägers und die Einvernahme von Zeugen über den gleichen Gegenstand desshalb abgelehnt worden, weil das gerichtsärztliche Gutachten zur Bildung der richterlichen Ueberzeugung genüge. Das Aktenvervollständigungsbegehren bezweckt demnach nicht eine Vervollständigung, sondern eine Abänderung des vorinstanzlich festgestellten Thatbestandes, d. h. es soll durch dasselbe die Unrichtigkeit der thatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters nachgewiesen werden. Das ist aber mit der principiellen Grundlage des Rechtsmittels des Art. 29 und 30 Org.-Ges. unvereinbar, wonach das B.-Gericht nicht Richter der That-, sondern der Rechtsfragen und daher an die thatsächlichen Entscheidungen der kantonalen Gerichte gebunden ist. Wenn die Beklagte diese Entscheidungen anfechten wollte, so hatte sie ihre Beschwerde nicht an das Bundesgericht, sondern an das kantonale Appellationsgericht zu richten. (Entsch. v. 17. Dezbr. 1886 i. S. Müller c. N.-O.-Bahn.)

---

55. *Art. 12, 13 und 491 O.-R. Form der Verträge, speziell des Bürgschaftsvertrages. Erforderniss der Unterschrift bei der gesetzlichen Schriftform. Unterschrift durch Beauftragte.*

S. belangte die Wwe. A. aus einer für G. eingegangenen Bürgschaft. Nach der Darstellung beider Parteien rührte die Unterschrift auf dem Bürgschein nicht von der Wwe. A. selbst her; dagegen behauptete S., die Wwe. A. habe ihre Sohnsfrau mündlich beauftragt, in ihrem Namen zu unterschreiben, und es habe hierauf die Schwiegertochter den Schein in Gegenwart der Beklagten und des Klägers mit dem Namen der Wwe. Allenspach unterzeichnet. Die erste Instanz liess den Kläger zum Beweise dieser, von der Beklagten bestrittenen, Thatsache zu. Die zweite Instanz wies dagegen die Klage ab, weil aus Art. 491 O.-R., welcher für die Bürgschaft schrift-

---

[1]) Siehe ferner diese Revue, oben S. 5 N° 2 Ziff. 3, und Bd. III S. 6 N° 6.

liche Form verlange, zu folgern sei, dass auch die Vollmacht zu Eingehung einer solchen schriftlich erfolgen müsse. Das Bundesgericht bestätigte (mit 4 von 7 Stimmen) das zweitinstanzliche Urtheil, jedoch aus andern Gründen, welchen wir folgendes entnehmen: „Nach der Sachdarstellung des Klägers handelt es sich nicht um einen Vertragsschluss durch Stellvertreter. Es ist nicht anzunehmen, dass die Schwiegertochter A. ihrerseits als Vertreterin und mit Vollmacht der Beklagten den Bürgschaftsvertrag mit S. abgeschlossen habe. Vielmehr ist davon auszugehen, die Beklagte habe den behaupteten Bürgschaftsvertrag selbst abgeschlossen und sich nur bei Unterzeichnung desselben zum Zwecke der Beisetzung ihrer Unterschrift der mechanischen Dienste ihrer Schwiegertochter bedient. In dieser Weise konnte aber die Bürgschaft nicht gültig eingegangen werden. Nach Art. 491 bedarf die Bürgschaft zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. Zur schriftlichen Vertragsform gehört nach Art. 12 O.-R. die Unterschrift aller Personen, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen. Kann eine Person nicht unterschreiben[1]), so wird nach Art. 13 O.-R. die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen oder durch öffentliche Beurkundung ersetzt. Aus diesen Gesetzesbestimmungen muss gefolgert werden, dass eine Person, welche einen der Schriftform bedürftigen Vertrag selbst abschliesst (nicht aber durch einen Stellvertreter abschliessen lässt), entweder persönlich unterzeichnen oder ihre Unterschrift in der in Art. 13 O.-R. vorgeschriebenen Weise ersetzen lassen muss und dagegen nicht berechtigt ist, ihre Unterschrift durch einen Dritten schreiben zu lassen. Andernfalls, wenn man die Unterzeichnung durch einen dritten Beauftragten zuliesse, wäre die doch unzweifelhaft imperative Vorschrift des Art. 13 O.-R. ohne Werth und praktische Bedeutung. Es entspricht auch diese Lösung der Bedeutung des gesetzlichen Erfordernisses der Unterschrift, wonach zu derselben eine eigene Thätigkeit desjenigen gehört, der dadurch eine Willenserklärung abgibt. (Siehe Förster-Eccius, Preuss. Priv.-R., 5. Aufl. Bd. I., S. 190 ff.)[2]) Wie es sich im Falle der Eingehung der

---

[1]) Was übrigens bei Wwe. A. keineswegs der Fall war.

[2]) Ob eine Privaturkunde zu ihrer Gültigkeit die eigenhändige Unterschrift derjenigen Person, welche durch dieselbe verpflichtet werden soll, erfordere oder ob eine solche Urkunde auch dann gültig sei, wenn sich der Erklärende eines Andern gewissermassen als des Instrumentes seiner Unterschrift bedient, z. B. wenn er (die Erklärung und) seine Namens-

Bürgschaft durch einen (gewillkürten oder gesetzlichen) Stellvertreter verhielte, bedarf gegenwärtig des Entscheides nicht." (Entsch. v. 18. Febr. 1887 i. S. Schütz c. Wwe. Allenspach.)

---

56. *Art. 55 O.-R. Zur Auslegung dieser Gesetzesbestimmung.*

Der Kläger, praktischer Arzt in B., hatte den Sohn des Beklagten A. R. während mehrerer Jahre, insbesondere Ende 1877 und Anfang 1878, ärztlich behandelt. Nachdem

---

unterschrift diktirt, gehen die Ansichten auseinander. Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechtes (4. Aufl.) Bd. 1 § 97 Anm 8, S. 221 erachtet die Urkunde als Urkunde des Erklärenden, während Eccius a. a. O. der Urkunde resp. der Unterschrift keine Bedeutung zugesteht, weil die Urkunde hier nur die Thätigkeit des Schreibers, nicht auch den Befehl verkörpere, der diese Thätigkeit als eine mechanische erweise. Dagegen gibt Eccius, im Anschluss an Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes (vgl. z. B. Entscheidg. in Civils. Bd. IV. S. 307 ff., 318 ff.; ferner Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I. S. 368 Note 29 u. S. 374 Note 14; Puchelt, Kommentar zum deutsch. Handelsges.-B. (3. Aufl.) Bd. I. S. 89 Ziff. 2 u. 3, Bd. II. S. 102 Ziff. 3; Rehbein, Entscheidungen des preussischen Obertribunals Bd. 1. S. 328 ff., bes. Anm. *, u. Kommentar zur deutsch. Wechselordnung S. 18 Anmerk. 27 ff., Deutsch. Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen, Bd. 13 S. 6 ff.) zu, dass wenn Jemand beauftragt (bevollmächtigt) sei, ein schriftliches Geschäft als Stellvertreter in der Weise zu schliessen, dass der Beauftragte statt des Auftraggebers dessen (des Auftraggebers) Namen unterschreibe, der mit dem Namen des Auftraggebers unterzeichneten Erklärung die gleiche Bedeutung zukomme, wie wenn der Beauftragte seinen eigenen Namen mit dem Zusatze „statt des Dritten (Auftraggebers)" unter die Erklärung gesetzt hätte, und dass daher da, wo (wie ganz unzweifelhaft in der Schweiz, Art. 36, 39, 392, 422 ff. O.-R.) die Ermächtigung (der Auftrag) zur Gültigkeit keiner besondern Form bedarf, sowohl ein mündlich ratihabirtes Geschäft, das von einem Andern im Namen des Ratihabirenden unter Unterschrift seines Namens geschlossen worden, Rechtswirksamkeit erlange, als auch die mündliche Ermächtigung zum Abschluss eines schriftlichen Vertrages mit dem Namen des Ermächtigenden diesen verpflichte, wenn die Zeichnung auf seinen Namen stattgefunden habe. — Nun verkörpert aber ja auch in diesem Falle die Urkunde nur die Thätigkeit des Schreibers resp. des Beauftragten, nicht auch den Auftrag, welcher den Dritten als zum Abschluss des Vertrages bevollmächtigt erweist, und es stellt sich sonach die Unterscheidung Eccius' als inkonsequent und innerlich ungerechtfertigt dar. Man sieht der Urkunde weder im einen noch im andern Falle an, wie der

A. R. im November 1883 gestorben war, liess der Beklagte demselben am 21. Juli 1886 einen Grabstein setzen mit der Inschrift: „Ruhestätte für A. R. Unrichtige Mittel haben Dir 1877 und anfangs 1878 das Grab geöffnet. Nach langjährigen Qualen hast Du die ewige Ruhe gefunden. Friede Deiner Asche.“ Schon früher hatte der Beklagte ausgestreut, Kläger habe seine Familie verderbt, hatte auch gefährliche Drohungen gegen den Kläger ausgestossen und war wegen dieser Thatsachen wiederholt gerichtlich bestraft worden. Ende 1883 war es zwischen den Parteien infolge anzüglicher Reden des Beklagten zu Thätlichkeiten gekommen, was eine strafrechtliche Untersuchung zur Folge gehabt hatte. Nachdem Kläger rechtliche Schritte eingeleitet hatte, beseitigte Beklagter am 10. August die Grabschrift. Kläger verlangte nichtsdestoweniger Bestrafung des Beklagten wegen Ehrverletzung durch Pasquill und Verurtheilung desselben zu einer

---

Dritte dazu gekommen ist, den Namen des (angeblichen) Ausstellers zu zeichnen. Aus Art. 13 O.-R. kann für diese Frage kaum etwas gefolgert werden; denn der Sinn dieses Artikels ist wohl nur der, dass nicht schon das blosse Handzeichen, sondern nur ein beglaubigtes Handzeichen oder eine öffentliche Beurkundung der Namensunterschrift gleichzustellen sei. (Vgl. auch Art. 820 O.-R.) Muss man zugeben, dass auch Personen, welche nicht unterschreiben können, einen Andern mit rechtlicher Wirksamkeit mündlich beauftragen können, für sie einen an die Schriftform gebundenen Vertrag abzuschliessen (und das Gegentheil lässt sich angesichts der Art. 392, 36; 39, 422 ff. O.-R. gewiss nicht behaupten; vgl. auch Eccius, a. a. O., Dernburg, a. a. O., Ullmer, Kommentar zum zürch. priv. Ges.-B. N° 1390 u. 1975), und dass der Beauftragte, z. B. der Prokurist, auch dann rechtsgültig zeichnet, wenn er nur den Namen des Auftraggebers schreibt (was gewiss mit Grund nicht bestritten werden kann), so wird man jenen Personen auch gestatten müssen, einen solchen Vertrag in der Weise selbst abzuschliessen, dass sie sich nur bei der Unterzeichnung der thatsächlichen Mitwirkung eines Andern bedienen. Es gibt Kantone, wo die zuständigen Beamten (Gemeindeammann, Notare) berechtigt sind, Unterschriften als ächt zu beglaubigen, welche weder in ihrer Gegenwart geschrieben worden sind noch wirklich von dem (angeblichen) Aussteller selbst herrühren, jedoch von dem letztern persönlich vor jenen Beamten ausdrücklich als ächt anerkannt worden sind. Sollen nun diese Urkunden, sobald der Beweis geleistet werden kann, dass die Unterschrift nicht von dem (angeblichen) Aussteller herrührt, trotz der, auf der ausdrücklichen Anerkennung beruhenden, Beglaubigung allgemein ungültig sein, oder wenigstens dann, wenn der (angebliche) Aussteller sich des

Entschädigung von 5000 Fr., letzteres gestützt auf Art. 50 und 55 O.-R. — Das kantonale Obergericht sprach dem Kläger theils für Vermögensschaden, theils wegen Verletzung seiner persönlichen Verhältnisse eine Entschädigung von 800 Fr. zu. Das Bundesgericht bestätigte, indem es sich bezüglich der Anwendung des Art. 55 O.-R. folgendermassen aussprach: „Nach Art. 55 O.-R. kann Demjenigen, der durch eine unerlaubte Handlung in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden ist, auch ohne Nachweis eines Vermögensschadens eine angemessene Geldsumme zuerkannt werden. Diese Bestimmung ist zweifellos nicht nur dann anwendbar, wenn ein vermögensrechtlicher Schaden gar nicht eingetreten ist, sondern dieselbe kann auch dann angewendet werden, wenn ein Vermögensschaden eingetreten und zu ersetzen ist, sofern nur neben der öconomischen Schädigung auch noch eine ernstliche Verletzung persönlicher Verhältnisse

---

Dritten, welcher die Unterschrift gezeichnet, nicht als Stellvertreters (Art. 36 O.-R.), sondern nur als seines Instrumentes für Zeichnung der Unterschrift bedient hat? Der Ansicht von Dernburg hat sich das deutsche Reichsgericht in einem Urtheile vom 13. Januar 1886 angeschlossen, indem dort gesagt ist: „Da eine Privaturkunde nicht bloss als ächt erscheint, wenn der angebliche Aussteller sie selbst unterschrieben hat, sondern auch dann als ächt anzusehen, oder doch, falls man als ächt im engern Sinne nur eine eigenhändig unterschriebene Urkunde bezeichnen sollte, einer solchen rechtlich völlig gleich zu stellen ist, wenn der Name des angeblichen Ausstellers in einer ihn verpflichtenden Weise (d. h. mit dessen Wissen und Willen) durch einen Andern unter derselben geschrieben ist, so kann ihre Unächtheit nur durch einen Eid festgestellt werden, welcher auf die Negation beider Thatsachen gerichtet wird." Vgl. auch Seuffert's Archiv Bd. 41 S. 118 ff. N° 78. Anders verhält es sich allerdings bei denjenigen Formalgeschäften, welche überhaupt nicht durch Vertreter vorgenommen werden können. Allein zu diesen gehört die Bürgschaft gewiss nicht; vgl. hierüber Wächter, Württemb. Privatrecht Bd. II S. 680 und Mitteis, Lehre von der Stellvertretung, S. 268 ff.; und über die Schriftlichkeit überhaupt Dernburg, a. a. O. § 95. Zur Unterstützung der Ansicht, dass nach schweiz. Recht z. B. der Prokurist auch dann rechtsgültig zeichnet, wenn er ausschliesslich den Namen, die Firma, des Prinzipals zeichnet, mag noch angeführt werden, dass eine (Ordnungs-) Vorschrift, wie solche Art. 44 des deutsch. Handelsges. enthält, ins schweiz. O.-R. nicht aufgenommen worden ist. Wesentlich im vorstehenden Sinne argumentirte die Minderheit des B.-G., welche das erstinstanzliche Urtheil wieder herstellen wollte.

erfolgt. Dies ist aber hier der Fall. Die Grabschrift zieh den Kläger — und zwar ohne allen Grund — in indirekter Weise der Fahrlässigkeit und Unwissenheit in seinem ärztlichen Berufe; sie verkündete dies öffentlich und die boshafte Anschuldigung musste gerade durch die aussergewöhnliche und frivole Form ihrer Aeusserung in den Lebenskreisen der Parteien die weiteste Verbreitung finden und das grösste Aufsehen erregen. Dadurch musste der Kläger als gewissenhafter Arzt innerlich aufs Tiefste gekränkt und es mussten, wenn auch das Vertrauen seiner Mitbürger zu ihm nicht ernstlich erschüttert wurde, doch seine äusseren, socialen und beruflichen Beziehungen vorübergehend gestört werden. Es ist in der That klar, dass die persönliche Stellung des Klägers durch das Umlaufen der Nachricht von der ihn anklagenden Grabschrift, durch die Glossen und den Spott, die sich daran wohl unvermeidlich knüpfen, zeitweise ungünstig beeinflusst werden mussten. Bei dieser Sachlage ist der Thatbestand des Art. 55 O.-R. unzweifelhaft gegeben." (Entsch. vom 5. Februar 1887 i. S. Lüthy c. Rutishauser.)[1])

---

57. *Art. 184, 186, 187, 191 und 193 O.-R. Können auch Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (Miethverträgen) abgetreten werden? auch schon zur Zeit, wo sie noch von der Gegenleistung abhängig sind? Erfordernisse der Abtretung. Abtretung zahlungshalber (cessio in securitatem); Verpflichtung des Cessionars den vom debitor cessus erhaltenen Betrag theilweise im Interesse des Cedenten zu verwenden bzw. an denselben herauszugeben.*

P., welcher der Frau L. Fr 60000 schuldet und dafür verschiedene ihm gehörige Liegenschaften verpfändet hatte, schloss mit derselben am 24. März 1883 folgenden, in Schrift verfassten Vertrag ab: „M. P. voulant assurer le service régulier des intérêts, cède et délègue par les présentes à madite dame L.... tous les loyers échus et à échoir des immeubles affectés hypothécairement à la garantie de la créance de Mad. L.... déclarant avoir pouvoir à ces fins jusqu'à l'entier remboursement du capital de la créance susrappelée, toucher et recevoir chaque année sur ses simples quittances les dits loyers des mains des débiteurs ... et les appliquer a) aux payements des contributions publiques et primes d'assurances, b) aux réparations d'entretien et aux

[1]) Vgl. Dr. C. Stooss in Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. B. V S. 571 ff., bes. S. 603 ff.; ferner S. 649 ff.

frais de régie, c) au service des intérêts dûs à M. L. Le surplus des loyers sera remis chaque année à P. .... Pour assurer l'exécution des présentes les parties sont convenues de constituer pour régisseur des immeubles hypothéqués M. B. gérant, qui déclare accepter le mandat .... et qui ne pourra être révoqué que du consentement mutuel des deux parties. Tous pouvoirs sont donnés à Mad. L. pour faire notifier les présentes à qui de droit." Später verpfändete P. eine einzelne der oben genannten Miethzinsforderungen an F. und es entstand nun zwischen F. und Frau L. Streit darüber, „ob F. ein der Frau L. vorgehendes Recht auf diesen Miethzins habe." Die Genfer Gerichte gaben der Frau L. Recht, davon ausgehend, dass durch den Act vom 24. März 1883 alle Voraussetzungen der Antichrese nach Art. 2085 Code Nap. erfüllt, eventuell auch alle essentiellen Momente der Cession nach Art. 183 ff. O.-R. vorhanden seien, welche, da sie älter sei als die Verpfändung zu Gunsten des F., letzterer vorgehe. Das Bundesgericht, an welches das letztinstanzliche kantonale Urtheil weitergezogen wurde, nahm an, es handle sich um eine Cession, und bestätigte aus folgenden Gründen: „Auch betagte Forderungen und Forderungen aus gegenseitigen Verträgen (wie Miethverträgen) können Gegenstand der Cession sein und zwar schon zu der Zeit, da sie noch von der Gegenleistung abhängig sind[1]). Es ist lediglich erforderlich, dass das Abtretungsobject hinlänglich bestimmt sei, und dies ist in casu der Fall, da dasselbe in den Miethzinsen besteht, welche von den sämmtlichen, wenn auch nicht mit Namen genannten, Miethern genau bezeichneter Liegenschaften geschuldet werden. Dass in der Cessionsurkunde ein Kaufpreis nicht angegeben ist, steht der Annahme einer Cession nicht entgegen. Denn der Grund der Cession kann ein sehr verschiedener sein (nicht bloss Kauf, sondern auch Tausch, Schenkung, Hingabe an Zahlungsstatt oder zahlungshalber), und gerade im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um einen Kauf, sondern um eine Abtretung zahlungshalber im Sinn des Art. 193 O.-R. Ebenso wenig hindert der Umstand, dass die Cessionarin die, bei Abtretungen zahlungshalber

[1]) Natürlich mit den aus der Gegenseitigkeit sich ergebenden Beschränkungen, vgl. z. B. Art. 77, 95, 189, 230, 276 ff. O.-R. u. s. w. Vgl. auch Attenhofer in Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F. Bd. IV. S. 184 ff., dse. Revue oben N° 34 S. 46 ff. und Hafner i. s. Ausgabe des O.-R. Anm. 4 zu Art. 183 und Anm. 3 zu Art. 184. Hasenöhrl, Oester. O.-R. Bd. II. S. 176.

übrigens keineswegs ungewöhnliche, Verpflichtung übernommen hat, die empfangenen Miethzinse in erster Linie zur Bezahlung der öffentlichen Lasten und der nothwendigen Reparaturen u. s. w. zu verwenden und einen allfälligen Ueberschuss über diese Auslagen und ihre Zinsforderungen, zu deren Sicherung die Abtretung erfolgt ist, hinaus dem P. auszuhinzugeben, die Annahme einer Cession. Der Cessionar kann solche Verpflichtungen gegenüber dem Cedenten eingehen, ohne dass dadurch der Uebergang der abgetretenen Forderung an denselben gehindert wird. Zu letzterm ist lediglich erforderlich, dass die Intention der Parteien auf Uebertragung der Forderung gerichtet sei und der gesetzliche Uebertragungsact hinzukomme. Diese beiden Erfordernisse sind hier erfüllt; denn das Gesetz bezeichnet als Uebertragungsact lediglich die schriftliche Beurkundung der Cession. Die Bekanntmachung der Cession an den Schuldner der abgetretenen Forderung ist ebensowenig erforderlich, als, wenigstens bei gewöhnlichen Forderungen, die Uebergabe der Schuldurkunde (Art. 184, 187 u. 191 O.-R). Mit Uebergabe der Abtretungsurkunde geht die abgetretene Forderung auf den Cessionar über und ist dieselbe der weitern Verfügung des Cedenten entzogen (Art. 184 und 186 O.-R.), woraus folgt, dass der Act vom 25. April 1885, mag man denselben ebenfalls als Cession oder als Verpfändung auffassen, nicht zum Nachtheil der Frau L. geltend gemacht werden kann." (Entsch. v. 12. Nov. 1886 i. S. Ferrier c. Frau Leconte.)

---

58. *Art. 234 O.-R. Zum Begriffe des Fixgeschäfts. Wirkung des Verzugs des Verkäufers in Lieferung einer Rate bei einem ratenweise zu erfüllenden Kaufgeschäfte.*

Durch Vertrag vom 26. Juli 1885 verpflichtete sich S., seinen Bedarf an kaukasischem und pennsylvanischem Petrol während der Dauer von 2 Jahren von P. zu beziehen. In Ausführung dieses Vertrages kaufte S. am 27. Juli 1885 von P. 10500 Fässer kaukasisches Petrol, in der Meinung, dass während der Monate September bis Januar nächstkünftig monatlich 2100 Fässer geliefert werden sollen „conditionnellement à l'arrivée des navires." Mit der Novemberlieferung gerieth P. in Verzug, worauf S. den Vertrag vom 27. Juli 1885 als annullirt erklärte. P. anerkannte, dass S. zur Abnahme der Novemberlieferung nicht pflichtig sei, verlangte aber Abnahme der später fälligen Lieferungen und siegte ob. Das Bundesgericht sprach sich folgendermassen aus: „Die

Annahme des kantonalen Gerichtes, dass es sich nicht um ein einheitliches (und untheilbares) Rechtsgeschäft (Fixgeschäft) handle, vielmehr von Anfang an nach der Absicht der Parteien vorgesehen gewesen sei, dass die nähere Regelung der jeweiligen Monatslieferungen einer besondern Vereinbarung der Parteien vorbehalten bleiben solle, beruhe auf einer Interpretation des Parteiwillens, welche einen Rechtsirrthum nicht erkennen lasse. Freilich stelle Art. 234 O.-R (abweichend von andern Gesetzen)[1]) die Vermuthung auf, dass wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet sei, der Käufer das Recht habe, beim Verzuge des Verkäufers ohne Weiteres von dem Vertrage zurückzutreten. Allein in dem Vertrage vom 27. Juli 1885 sei ein bestimmter Lieferungstermin für die stipulirten monatlichen Lieferungen noch gar nicht vereinbart; denn dieselben sollen successive je nach Ankunft der Schiffe d. h. offenbar zu später erst näher zu bestimmender Zeit geschehen. Es könne also nicht die Rede davon sein, dass durch jenen Vertrag über die Gesammtlieferung ein einheitliches Fixgeschäft (mit einer Mehrzahl von festbestimmten Lieferungsterminen) abgeschlossen worden sei; vielmehr seien die einzelnen Monatslieferungen von vornherein als besondere Leistungen mit selbständig zu bestimmender Erfüllungszeit aufgefasst worden. Demnach könne denn auch nicht angenommen werden, dass eine Säumniss in Betreff einer einzelnen der vereinbarten Lieferungsraten den Käufer zum Rücktritt vom ganzen Vertrage auch rücksichtlich der späteren Monatslieferungen berechtige." (Entsch. v. 14. Januar 1887 i. S. Stumm c. Profumo.)

59. *Art. 342 und 343 O.-R. Wann kann aus dem angegebenen Zwecke der Dienste auf den Abschluss eines Dienstvertrages auf bestimmte Dauer geschlossen werden? Folgen der vorzeitigen grundlosen Entlassung der Angestellten seitens des Dienstherrn.*

B. hatte sein „Institut für kaufmännische Bildung" an eine Aktiengesellschaft veräussert und war gleichzeitig bei derselben im Dezember 1884 als Lehrer in dieser Anstalt eingetreten, ohne dass über Dauer der Anstellung und Gehalt ein Uebereinkommen getroffen worden wäre. Anfangs Juni 1885 wurde B. von der Gesellschaft entlassen, weil dieselbe glaubte, infolge einer längern Absenz des B. zur Entlassung berechtigt zu sein. B. belangte nun die Gesellschaft auf Bezahlung zweier nach richterlichem Ermessen festzusetzenden

[1]) Vgl. Art. 365 des deutschen Handelsgesetzbuches.

Jahresbesoldungen, nämlich bis Ende September 1886, indem das Schuljahr an der Anstalt mit September zu Ende geht. Das kantonale Gericht sprach ihm die Besoldung bis Ende September 1885 zu, davon ausgehend, dass nach der „Natur der Sache" Kläger für ein Schuljahr angestellt gewesen, seine Anstellung daher, ohne dass eine Kündigung erforderlich gewesen, gemäss Art. 342 O.-R. mit Ende September 1885 abgelaufen sei. Das Bundesgericht bestätigte das Dispositiv dieses Urtheils, jedoch gestützt auf Art. 343 O.-R., indem es ausführte: „Die Annahme, dass hier eine Anstellung auf die Dauer eines Schuljahres, also ein auf bestimmte Zeitdauer abgeschlossener Dienstvertrag vorliege, kann nicht gebilligt werden; dieselbe wird ausschliesslich auf die „Natur der Sache" begründet, d. h. der Vorderrichter geht davon aus, die einjährige Amtsdauer ergebe sich (gemäss Art. 343, Abs. 1 O.-R.) aus dem „angegebenen Zweck der Dienste". Dies ist aber nicht richtig. Aus dem „angegebenen Zweck der Dienste" kann der Abschluss eines Dienstvertrages auf bestimmte Zeit nur dann gefolgert werden, wenn der Zweck des Dienstverhältnisses nach Ablauf einer gewissen Zeit (mit Ausführung eines bestimmten Werkes u. dgl.) dahinfällt, nicht aber in Fällen der vorliegenden Art. Denn mit dem Ablaufe eines Schuljahres wurde ja der Zweck der klägerischen Anstellung keineswegs hinfällig. Es muss demnach, da für eine ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Befristung der Anstellung nichts vorliegt, angenommen werden, der Dienstvertrag sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen worden. Allein auch von diesem Standpunkt aus erscheint die Entscheidung des Vorderrichters, dass das Anstellungsverhältniss des Klägers jedenfalls auf den Schluss des Schuljahres 1884/85, d. h. den 30. September 1885 habe aufgelöst werden können, als gerechtfertigt. Denn war der Dienstvertrag auf unbestimmte Zeit eingegangen, so konnte derselbe, da eine besondere gesetzliche oder ortsübliche Kündigungsfrist nicht behauptet oder dargethan ist, gemäss Art. 343 O.-R. auf den Ablauf je eines Kalendervierteljahres durch vorgehende mindestens sechswöchentliche Kündigung aufgehoben werden. Nun ist der Kläger am 3. Juni 1885 entlassen worden, und da ein Grund zu einseitiger vorzeitiger Lösung nicht bestand, so hat er Anspruch auf die Besoldung bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin. Dieses ist aber eben der 30. September 1885; derselbe fällt somit mit dem Ende des Schuljahres 1884/1885 zusammen." (Entsch. vom 27. November 1886 i. S. Büllmann c. kath. Gesellschaft für kaufm. Bildung.)

**60.** ***Art. 580 ff. O.-R. Muss im Falle der Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft eine Liquidation stattfinden oder kann das Geschäft mit Aktiven und Passiven von einem Gesellschafter übernommen werden? Rechte der Gesellschaftsgläubiger im letztern Falle.***

Durch Vertrag vom 7. Dezember 1885 übernahm A. B. Aktiven und Passiven der Kollektivgesellschaft G. & Cie., womit diese Gesellschaft, welche aus A. B. und einem gewissen G. bestanden hatte, ihr Ende erreichte. Schon am 8. Februar 1886 wurde über A. B. infolge Insolvenzerklärung Concurs eröffnet und es verlangte nun eine Anzahl Gläubiger der früheren Gesellschaft G. & Cie., dass die von dieser Gesellschaft herstammenden Aktiven ausgeschieden und daraus die Gläubiger von G. & Cie, mit Ausschluss der Privatgläubiger des A. B., befriedigt werden. Zur Begründung führten sie an, für Kollektivgesellschaften sei eine Liquidation mit Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gemäss Art. 580 ff. O.-R. obligatorisch; so lange die Liquidation nicht durchgeführt sei, müsse die Gesellschaft als fortexistirend betrachtet werden und haben daher die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf separate Befriedigung aus den Aktiven derselben. Das Begehren wurde vom Bundesgericht in Uebereinstimmung mit dem kantonalen Obergericht[1]) abgewiesen.

Gründe: Die Bestimmungen des O.-R. über die Liquidation sind nicht zwingender Natur; sie schliessen eine anderweitige vertragsmässige Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedern einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, insbesondere eine solche mit Ausschluss jeder Theilung durch Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen der Theilhaber oder an einen Dritten keineswegs aus. Die Liquidation ist nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben, welche ja auf dieselbe gar nicht antragen können und welchen eine Einwirkung auf die Bestellung und Geschäftsführung der Liquidatoren gesetzlich nicht zugestanden ist; sie ist vielmehr lediglich der in Ermangelung anderweitiger Willenseinigung Platz greifende Modus der Auseinandersetzung zwischen den Theilhabern. Dies folgt nicht nur aus dem allgemeinen Handelsgebrauch, nach welchem die Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen Dritten oder an einen der Theilhaber stets als statthaft erachtet worden ist, sondern ergibt sich auch aufs unzweideu-

[1]) Siehe das Urtheil des zürch. Obergerichts in Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen, Bd. V (Jahrgang 1886) S. 347 ff.

tigste aus ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere aus Art. 577 Abs. 2 und Art. 587 Abs. 2 O.-R., welche die Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter als zulässig erklären resp. voraussetzen. Diese Ansicht ist denn auch in Doktrin und Praxis des deutschen Handelsrechtes weitaus überwiegend anerkannt (vgl. Puchelt, Kommentar ad § 133; v. Hahn, Kommentar, 3. Aufl., I S. 506 u. ff. und insbesondere Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 24, S. 144 u. ff. und Bd. 25, S. 276 u. ff.).[1]) Daraus folgt dann aber, dass die Gläubiger einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, deren Aktiven und Passiven vertragsmässig an einen der Gesellschafter übergegangen sind, im Concurse dieses letztern Ausscheidung der von der aufgelösten Gesellschaft herstammenden Aktiven und ausschliessliche Befriedigung aus denselben nicht verlangen können. Dass die Uebertragung des Geschäftes an einen Gesellschafter unter Umständen zu widerrechtlicher Verkürzung der Gesellschaftsgläubiger missbraucht werden kann, ist freilich (trotz der selbstverständlich fortdauernden Solidarhaft der sämmtlichen Gesellschafter) richtig. Im Concurse des Geschäftsübernehmers als Einzelkaufmanns nämlich concurriren ja auch dessen sonstige (Privat-) Gläubiger und es kann daher die Folge eintreten und beabsichtigt sein, dass letztere, insbesondere die Ehefrau mit einer privilegirten Frauengutsansprache, den Gesellschaftsgläubigern die Aktiven ganz oder grossentheils vorwegnehmen, während eine Belangung der übrigen Gesellschafter wegen Insolvenz derselben einen Erfolg nicht verspricht, wonach denn die Gesellschaftsgläubiger, welche im Vertrauen darauf kreditirt haben, dass im Gesellschaftsconcurse Privatforderungen nicht concurriren, leer ausgehen. Allein gegen derartige Machinationen ist den Gesellschaftsgläubigern vom Gesetz kein besonderes Sicherungsmittel gewährt, sie sind vielmehr auf die allgemeinen gegen Gefährdung und Verkürzung der Gläubigerrechte überhaupt gegebenen Schutzmittel, insbesondere auf die paullianische Klage verwiesen, welche denn auch bei zweckmässiger Gestaltung und Handhabung derselben völlig ausreichen dürften. (Entsch. vom 29. Januar 1887 i. S. Gossweiler und Consorten c. Frau Bär.)

---

[1]) Vgl. ferner noch Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts B. I. S. 565 No. 12, Renaud, Kommanditgesellschaft S. 526; Hafner, Textausgabe des O.-R., Art. 573 Anm. 3 und Art. 580 Anm. 4 und Bekker, Pandecten Bd. I. S. 215 Ziff. 1 a E.

**61.** *Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes; Verletzung eines Menschen beim Eisenbahnbau*[1]) *in Folge Abspringens von einem der Beherrschung des Führers entzogenen mit grosser Schnelligkeit durchgehenden Materialzuges unter dem Eindrucke plötzlicher Todesgefahr. Ist in solchem Fall die Verletzung als vom Beschädigten selbst verschuldet resp. mitverschuldet zu betrachten?*

B. hatte mit andern Arbeitern auf einem Schottenwagenzug Material zu führen. Infolge mangelhafter Function der Bremsen und der, wie die Expertise feststellte, durch ungenügende Instruction und Erfahrung der Mannschaft veranlassten Unterlassung aller sachgemässen und unerlässlichen Vorsichtsmassregeln, konnte der Zug nicht rechtzeitig angehalten werden, gerieth in ein Gefälle von 35‰ und bewegte sich mit stets wachsender Schnelligkeit vorwärts. In der hiedurch verursachten Angst und Verwirrung sprang B. mit mehrern andern auf dem Wagen befindlichen Arbeitern trotz des Zurufes des Aufsehers, man solle die Bremsen gut fallen lassen und nicht abspringen, von demselben hinunter und erlitt dabei eine schwere körperliche Verletzung. Die Beklagte bestritt den Kausalzusammenhang zwischen der ihr zur Last fallenden Fahrlässigkeit und der Verletzung; die Verletzung sei lediglich durch das Abspringen des B. verursacht worden, indem der Zug schliesslich ohne Entgleisung habe zum Stehen gebracht werden können; ev., behauptete Bekl., treffe den B. wenigstens ein Mitverschulden. Beide Standpunkte der Bekl. wurden verworfen, vom Bundesgericht aus folgenden Gründen: „Allerdings ist die körperliche Verletzung des Klägers nicht unmittelbar durch das Durchgehen des Zuges verursacht worden, sondern erscheint als eine bloss mittelbare Folge dieses Ereignisses. Allein der Kausalzusammenhang ist doch unzweifelhaft gegeben und durch keine willkürliche und schuldhafte Handlung des Klägers unterbrochen. Das Abspringen des Klägers von dem in raschester Bewegung befindlichen Zuge wäre freilich unter andern Umständen eine höchst unvorsichtige Handlung. Allein hier wurde dasselbe verursacht durch den

[1]) Da beide Parteien sich ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt hatten, dass die Verletzung beim Eisenbahn bau erfolgt sei, so beurtheilten auch die Gerichte die Streitigkeit lediglich von diesem Rechtsstandpunkte, Art. 1 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes, aus. Nach dem Entscheide des B.-G. in Sachen Felber ca. Centralbahn (s. diese Revue Bd. II, S. 7, N° 12, und amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. X, S. 520 f.) hätte sonst wohl unbedenklich Art. 2 leg. cit. zur Anwendung gebracht werden dürfen.

überwältigenden Eindruck unmittelbarer, plötzlicher Todesgefahr, welchen das mit rasender Schnelligkeit erfolgende Dahinstürmen des anscheinend jeder Beherrschung durch den Führer, jeder Hemmung durch die Bremsvorrichtungen entzogenen Materialzuges bei den auf demselben befindlichen Arbeitern hervorbringen musste und auch thatsächlich hervorgebracht hat. Wenn unter diesen Umständen der Kläger, dem mächtigen Triebe der Selbsterhaltung folgend, ohne weitere Ueberlegung den zunächst sich aufdrängenden Weg, sein Leben zu retten, gewählt hat und vom Zuge abgesprungen ist, so liegt hierin keine Verschuldung; kaltblütiges Abwägen aller Chancen darf unter solchen Umständen gewiss nicht verlangt werden. (Entsch. v. 10. Dezbr. 1886 i. S. Birrer c. Aarg.-Luz.-Seethalbahn.)

62. *Art. 17 und 23 ff. des Eisenbahntransportges. und § 99 des Eisenbahntransportreglements. Ruhen der Lieferfrist während der Dauer einer zollamtlichen Beschlagnahme eines Frachtgutes wegen Verdachts der Zolldefraudation.*

M. hatte der Paris-Lyon-Mittelmeereisenbahngesellschaft in Genf mehrere Fässer Wein zum Transport nach Gray übergeben. Dieselben wurden in Bellegarde, wegen Verdachts unrichtiger Zolldeclaration zum Zwecke der Zolldefraudation, auf Begehren der Zollbehörde gerichtlich mit Arrest belegt und erst nach zwei Monaten wieder freigegeben. Bei ihrer Ankunft am Bestimmungsorte verweigerte der Adressat die Abnahme wegen verspäteter Lieferung, worauf der Wein, welchen der Absender nicht zurücknahm, auf Begehren der Eisenbahn versteigert wurde. Der Absender belangte nun die Eisenbahngesellschaft auf Bezahlung der Differenz zwischen dem Steigerungserlöse und dem wirklichen Werthe des Weines nebst 1000 Fr. Schadenersatz, und diese Klage wurde vom Handelsgerichte Genf in vollem Umfange gutgeheissen. Das genf. Obergericht wies dagegen die Klage ab, weil höhere Gewalt die Ursache der verspäteten Ablieferung des Weines an den Adressaten gewesen sei (Art. 23 Abs. 1 des Eisenbahntransportges.).[1]) Das B.-Gericht bestätigte dieses Urtheil, jedoch aus dem Grunde, weil nach § 99 des Transportregl. der schweiz. Eisenbahnen der Lauf der Lieferfrist für die Dauer der zoll- oder steueramtlichen Abfertigung ruhe, somit die Zeit, während welcher die Fässer auf Veranlassung

[1]) Das Urtheil oben Nr. 47.

der französ. Zollbehörde mit Beschlag belegt gewesen seien, bei Berechnung der Lieferfrist (vgl. Art. 17 Eisenbahntransportges.) ausser Berücksichtigung gelassen werden müsse. (Entsch. v. 20. Novbr. 1886 i. S. Martin c. Eisenbahngesellschaft P.-L.-M.)

---

63. *Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Können die schweiz. Gerichte Ehescheidungsklagen von Franzosen beurtheilen?*

Die Französin T. erhob gegen ihren Ehemann beim schweiz. Bez.-Gericht N. Scheidungsklage, indem sie sich für die Competenz der schweiz. Gerichte auf § 2 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869, sowie auf ein Zeugniss der französ. Gesandtschaft in der Schweiz vom 2. April 1886 berief, dahin gehend: „dass die Scheidung in Frankreich wieder eingeführt sei, dass als Scheidungsgründe gelten: Ehebruch, Lebensgefährdung (excès), schwere Misshandlung, tiefe Ehrenkränkung und Verurtheilung zu entehrender Strafe, und dass unter Vorbehalt der gemäss Art. 17 des Staatsvertrages vom 15. Juni 1869 den französischen Gerichten im Falle eines Urtheilsvollstreckungsbegehrens eingeräumten Entscheidungsbefugniss das in der Schweiz zwischen französ. Staatsangehörigen erlassene Scheidungsurtheil anerkannt werden könne, vorausgesetzt dass es auf einem im französ. Recht anerkannten Scheidungsgrund beruhe." Das Bundesgericht bestätigte den die Competenz des schweiz. Gerichts ablehnenden Entscheid des Bez.-Ger. N., weil der Staatsvertrag vom 15. Juni 1869 sich nicht auf Scheidungsklagen beziehe[1]) und die Erklärung der französ. Gesandtschaft nicht sage, dass, wie Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe erfordere, schweiz. Scheidungsurtheile betreffend französ. Staatsangehörige in Frankreich ohne materielle Prüfung als rechtskräftig und vollstreckbar anerkannt werden, vielmehr aus der Erklärung gerade das Gegentheil sich ergebe. Es treffen daher die gleichen Gründe, aus welchen die Anhandnahme von Scheidungsklagen deutscher Angehöriger verweigert worden sei,[2]) auch bei den französ. Staatsangehörigen zu.[3]) (Entsch. v. 19. Novbr. 1886 i. S. Eheleute Ticon.)

---

[1]) Vgl. Amtl. Samml. d. b.-g. Entscheid., Bd. I S. 394 u. Bd. IV S. 666.

[2]) Siehe oben N° 24 S. 24 f.

[3]) S. auch Bundesblatt, Jahrgang 1886, Bd. 1 S. 676 f.

64. *Erbrechtskonkordat vom 15. Juli 1822. Gehören auch Streitigkeiten über die Gültigkeit einer abgeschlossenen Theilung vor den heimathlichen Gerichtsstand des Erblassers?*

Nach Art. 3 des Erbrechtskonkordates vom 15. Juli 1822 ist für die Beerbung Niedergelassener, insbesondere auch für die Erbtheilung, das heimathliche Recht des Erblassers massgebend und hat gemäss Absatz 3 l. c. infolge dieses Grundsatzes bei „sich ergebenden Erbstreitigkeiten" der Richter des Heimathortes zu entscheiden. Als Erbtheilungsstreitigkeiten im Sinne des Konkordates aber sind nicht nur Streitigkeiten über eine noch nicht vollzogene Erbtheilung zu betrachten, sondern auch Streitigkeiten über die Gültigkeit einer abgeschlossenen Theilung. Denn die Frage, ob eine Erbtheilung gültig abgeschlossen ist oder ob dieselbe wegen Verkürzung eines Erben oder dgl. der Anfechtung unterliegt, ist ohne Zweifel nach dem die Beerbung beherrschenden heimathlichen Rechte (welches vielfach für die Anfechtung von Erbtheilungen besondere erbrechtliche Grundsätze und keineswegs schlechthin die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechtes aufstellt, vgl. z. B. § 2026 des zürch. priv. Ges.-B.) zu beurtheilen. Das Konkordat statuirt, wie seine Fassung deutlich zeigt, den heimathlichen Gerichtsstand gerade zur Sicherung der Anwendung des heimathlichen materiellen Rechtes.[1])

In dem Umstand, dass die (gütliche) Theilung im Niederlassungskanton des Erblassers abgeschlossen wurde, liegt eine Anerkennung des dortigen Gerichtsstandes für Klagen auf Aufhebung oder Ungültigerklärung der Theilung nicht, indem in dem Abschlusse eines Rechtsgeschäftes an einem bestimmten Orte eine Anerkennung des dortigen Gerichtsstandes für Streitigkeiten aus diesem Rechtsgeschäfte nicht enthalten ist. (Entsch. v. 4. Dezbr. 1886 i. S. Gianella.)

---

[1]) Auch das französ. Recht anerkennt für Klagen auf Aufhebung einer Erbtheilung den Gerichtsstand der Erbschaft; vgl. Sirey Codes annotés, Supplément von 1871, ad Art. 59 des Code de proc. civ. Nr. 44; Boitard, Leçons de procéd. civ. (12. Aufl.) Bd. I. S. 105 f. — Siehe auch Petersen, Kommentar z. deutsch. C.-P.-O. (2. Aufl.) S. 48 Anm. I Ziff. 4 zu § 28.

65. *Art. 1 des französisch-schweiz. Staatsvertrages vom 15. Juni 1869 betr. Gerichtsstand und Vollziehung von Civilurtheilen. Kann ein Angehöriger eines dritten Staates, welcher in einem der Vertragsstaaten unter einer Firma ein Handelsgeschäft betreibt, denselben anrufen?*

G. M. aus Deutschland hatte in Paris mit dem Franzosen P. die Collectivgesellschaft G. M. & Cie. gebildet. Später trat P. aus und das Gesellschaftsvermögen ging in Aktiven und Passiven auf G. M. über. Zu diesen Aktiven gehörten zwei Wechsel auf H. in E., welche in Zürich beim Bevollmächtigten von G. M. & Cie. in Verwahrung lagen. Auf diese beiden Wechsel legte G. in Z. für eine ihm angeblich an G. M. & Cie. zustehende Forderung Arrest, worüber G. M. als über eine Verletzung des französ.-schweiz. Staatsvertrages vom 15. Juni 1869, weil seine Firma „G. M. & Cie." eine französische sei, sich beschwerte. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab; Gründe: „Nach den Vorbringen beider Parteien vor dem Arrestrichter, welche massgebend bleiben müssen, ist Arrestbeklagter zweifellos einzig G. Marx. Da nun derselbe nicht Franzose ist, Art. 1 des erwähnten Staatsvertrages aber sich nach feststehender Praxis nur auf Streitigkeiten zwischen Franzosen und Schweizern bezieht, so muss der Rekurs als unbegründet abgewiesen werden. Der Umstand, dass G. M. in Frankreich unter einer Firma ein Handelsgeschäft betreibt, ändert hieran selbstverständlich nichts. Wie es sich verhielte, wenn der Arrest gegen eine in Frankreich domizilirte Collectivgesellschaft gelegt wäre, ist nicht zu untersuchen, denn dieser Fall liegt nicht vor." (Entsch. v. 24. Dezbr. 1886 i. S. G. Marx.)

## B. Entscheide kantonaler Gerichte.

66. *Action en dommages-intérêts. Diffamation par la voie de la presse. Art. 55 C. O.*

**Genève.** Arrêt de la Cour de Justice civile du 7 février 1887 dans la cause Gianella et autres c. veuve Schira et Mazzuconi.

Nous avons publié sous Nr. 27 de ce volume le jugement rendu par le Tribunal civil dans cette affaire. Les demandeurs ont interjeté appel du dit jugement, tant au point de vue de la responsabilité de la dame Schira, qu'au point de vue de la somme réclamée à titre de dommages-intérêts. La

Cour de Justice civile a condamné dame veuve Schira et sieur Mazzuconi solidairement à payer aux appelants conjointement la somme de 500 fr. à titre de dommages-intérêts, et a autorisé les appelants à faire insérer le jugement dans le journal La Vespa, dans un journal se publiant à Genève et dans 2 journaux se publiant dans le canton du Tessin, aux frais des intimés solidairement.

Motifs: I. Concernant la responsabilité de dame Schira.

Attendu qu'il est incontestable que la dame veuve Schira a causé, personnellement et par son fait, un dommage aux appelants;

Que, sans la publicité que dame Schira lui a donnée dans le journal qu'elle édicte, l'article dont le sieur Mazzuconi prétend être l'auteur, aurait été sans aucune portée;

Attendu qu'il est sans importance qu'elle ait eu ou non connaissance de cet article, car l'auteur du dommage doit le réparer, même lorsque le dommage n'a pas été causé à dessein, mais par simple négligence (art. 50 C. O.);

Attendu qu'en posant en principe que ce n'est que dans le cas où l'auteur de l'article coupable serait resté ignoré ou n'aurait pas été domicilié dans le canton, que veuve Schira aurait pu être recherchée, les premiers juges ont fait application à l'espèce de l'art. 26 de la loi genevoise du 2 mai 1827 sur la presse;

Attendu que cette loi ne consacre l'immunité de l'imprimeur que dans le cas où sa personnalité est distincte de celle de l'éditeur, ce qui n'est pas le cas dans l'espèce.

Attendu que le Tribunal fédéral a décidé .... qu'en matière de dommages-intérêts ensuite d'actes illicites commis par la voie de la presse, ce sont les dispositions du C. O. qui doivent être appliquées, en dérogation aux lois que les cantons peuvent avoir publiées;

Qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer à l'espèce d'autres dispositions que celles des art. 50, 55 et 60 C. O., aux termes desquelles la dame Schira doit être tenue de réparer solidairement avec Mazzuconi le préjudice qu'elle a causé.

II. Concernant le montant de la somme réclamée.

Attendu que la réparation, à laquelle les appelants ont droit, consistera, avant tout, dans la publicité donnée au présent jugement;

Qu'il est nécessaire qu'en outre de la réparation morale que les appelants obtiendront par la publication du jugement, ils sortent absolument indemnes d'un procès que les agissements des intimés ont seuls rendu nécessaire;

Qu'il y a lieu de condamner veuve Schira et Mazzuconi solidairement à payer aux appelants la somme de 500 fr. à titre de dommages-intérêts.

---

67. *Haftpflicht für Delict. Verpflichtung zu häuslicher Aufsicht und Umfang derselben. Art. 61 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 26. October 1886 i. S. B. W. und C. B. c. J. S.

Der $20^1/_4$ Jahre alte F. S., welcher sich nach Absolvierung einer dreijährigen Lehrzeit als Gärtner für einige Zeit bei seinen Eltern aufhielt, missbrauchte geschlechtlich die beiden im gleichen Hause wohnenden Kinder C. B. und F. W. und wurde strafrechtlich zu anderthalbjähriger Zuchthausstrafe und zu einer Entschädigung von Fr. 1000 an die Eltern der C. B. und Fr. 500 an die Mutter der F. W. verurtheilt. Diese Summen forderten nun die betreffenden Eltern, C. B. und B. W. von dem Vater des Verurtheilten, da dieser die durch die Umstände gebotene Aufsicht über seinen Sohn nicht geübt habe. Der Vater lehnte alle Haftpflicht ab. Das Gericht wies die Klage gegen den Vater ab.

Motive: Die Haftbarkeit nach § 61 O.-R. hat zur doppelten Voraussetzung: 1. dass der haftbar zu Machende über die Person, welche den Schaden verursacht hat, rechtlich verpflichtet gewesen ist, die häusliche Aufsicht zu führen; 2. dass er sich über die Beobachtung des üblichen und durch die Umstände gebotenen Masses von Sorgfalt in der Beaufsichtigung nicht auszuweisen vermag. In ersterer Beziehung stellt der Gesetzgeber nicht ab auf ein gewisses Alter des zu Beaufsichtigenden, sondern auf die Thatsache einer bestehenden Rechtspflicht zur Aufsicht; diese Rechtspflicht kann auf obligatorischem oder familienrechtlichem Grunde ruhen; im vorliegenden Fall ist das letztere anzunehmen, und da das Familienrecht den Cantonen vorbehalten ist, so entscheidet sich die Frage, ob Kläger zur Aufsicht über seinen mehrjährigen Sohn verpflichtet war, nach kantonalem Recht. Dieses letztere enthält nun zwar keine hierauf bezüglichen positiven Bestimmungen, jedoch kann nach hiesiger Rechtsanschauung nicht zweifelhaft sein, dass dem Vater über seinen der Lehre kaum entwachsenen Sohn, der noch unselbständig und ohne eigenen Erwerb im elterlichen Hause wohnt, die Aufsicht nicht nur als Recht, sondern auch als Pflicht zukommt.

Die erste Voraussetzung des § 61 wäre also trotz Mehrjährigkeit des Schädigers vorhanden. Bei Beurtheilung der zweiten aber kommt doch das Alter des Sohnes S. sehr

wesentlich in Betracht. Es ist klar, dass das „übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung" eines 20jährigen Sohnes nicht darin bestehen kann, dass man ihm auf Schritt und Tritt nachgeht, sondern nur darin, dass man ihn zu einer gewissen Ordnung anhält und allfälliger Ausschreitung möglichst vorbeugt. Das Verbrechen, welches sich der Sohn S. hat zu Schulden kommen lassen, kann nun entschieden auf einen Mangel an Beaufsichtigung nicht zurückgeführt werden. Wenn auch schon früher schlimme Neigungen des Sohnes mögen zum Vorschein gekommen sein, so konnte doch der Vater nicht voraussehen, dass sein Sohn einer solchen Missethat fähig sei, und er war daher auch nicht in der Lage, dieselbe von vorneherein zu verhindern. Sonach trifft die zweite Voraussetzung des § 61 nicht zu und der Ersatzanspruch gegen den Vater erscheint als nicht begründet.

---

68. *Compensation. Erfordernisse in der Natur der zu verrechnenden Gegenforderung. Art. 131 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 22. October 1886 i. S. Seitter c. Heller.

J. Seitter belangte den A. Heller auf Rückzahlung eines Darlehens von Fr. 300 und Zins. Heller machte geltend, dass ihm gegen den Kläger eine Forderung von Fr. 617 zustehe, welche dermalen Gegenstand eines zwischen den Erben des A. Fischer schwebenden Processes sei. Das Petitum der Klage, welche Heller in Gemeinschaft mit andern vier Erben gegen Seitter als Miterben eingereicht hat, lautet: es sei Seitter zur Bezahlung von Fr. 2000 in die Erbmasse des verstorbenen A. Fischer zu verurtheilen, sowie der gerichtlich festzustellende Mehrwerth von Liegenschaften, die derselbe veräussert hat, über Fr. 22,000 hinaus ihm zu belasten und bei der Erbtheilung als Activum in Rechnung zu bringen. Auf Grund dieses Sachverhaltes will Heller den klägerischen Anspruch compensiert erklärt wissen.

Das Gericht liess die Compensation nicht zu und verurtheilte den Beklagten zur Bezahlung der geforderten Fr. 300.

Motive: Wie aus dem citierten Petitum, auf welches Beklagter seine Gegenforderung stützt, hervorgeht, macht der Beklagte nicht eine persönliche Forderung an Kläger geltend, vielmehr handelt es sich in jenem Processe um eine im Verein mit den andern Erben angestellte Klage auf Erbtheilung; wenn daher auch dem Beklagten in jenem Processe vollkommen Recht gegeben würde, so wäre damit noch nicht

festgestellt, dass ihm aus der alsdann vorzunehmenden Theilung der Erbmasse überhaupt eine Forderung an Kläger zukommen würde. Die Forderung, welche Beklagter gegen Kläger geltend macht, ist daher, wenn sie auch als mit dem Erbfall existent geworden betrachtet werden muss, dermalen nicht nur nicht liquid, sondern auch noch nicht fällig und ebensowenig substantiiert; fällig wird sie erst mit der Theilung der Erbmasse.

---

69. *Conventionalstrafe beim Verlöbniss. Ermässigung nach richterlichem Ermessen. Art. 182 O.-R.*

**Graubünden.** Urtheil des Cantonsgerichts vom 24. Novbr. 1886 i. S. Maria Spinas c. Stephan Dosch.

Die Thatsache, dass zwischen den Litiganten ein Eheverlöbniss bestand, ist als erwiesen zu betrachten, indem einerseits der Behauptung der Klägerin vom Beklagten nicht widersprochen wurde und anderseits das Verlöbniss aus dem Briefwechsel, den beidseitigen Brautgeschenken und der von beiden Theilen unterzeichneten Erklärung vom 22. August 1883 hervorgeht. Diese Erklärung enthält folgende Bestimmung: „Contrara schi egn oder l'oter vess da tier anavos la sia empermeschung el salubescha da dotar or al'oter Fr. 2000."

Es fragt sich nun, ob der Wortlaut dieser Clausel eine Conventionalstrafe mit positiver Zahlungspflicht enthält. Diese Frage ist zu bejahen.

Motive: Zufolge Art. 16 O.-R. ist bei der Beurtheilung eines Vertrages der übereinstimmende Wille der Parteien und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, womit auch Art. 323 des bündnerischen Privatrechts im Wesen übereinstimmt. Nun ist anzunehmen, dass es nicht im Willen der Contrahenten lag, im Falle des Rücktritts vom Verlöbniss es vom Willen des Rücktretenden abhängig zu machen, ob er die festgesetzte Summe bezahlen wolle oder nicht, weil bei dieser Annahme die citirte Bestimmung durchaus nichtssagend und werthlos erscheint; vielmehr ist anzunehmen, dass der Ausdruck „salubescha" statt des richtigen Ausdrucks „s'oblieschа" gebraucht wurde. Die Einwendung des Appellanten, dass der Vertrag vom 22. August 1883 ungültig sei, weil er auf die Freiheit des Entschlusses bei Eingehung der Ehe einwirke, daher gegen die Sittlichkeit verstosse, kann nicht gehört werden. Unser Privatrecht sagt in §§ 24 und 25 ausdrücklich, dass aus dem Eheverlöbniss nicht auf dessen Erfüllung, d. h. auf Eingehung

der Ehe geklagt werden könne, wohl aber auf Entschädigung wegen erlittener Unbill, wenn das Verlöbniss ohne zureichenden Grund gekündet wird. Wenn nun die Verlobten diese Entschädigung voraus in einem Vertrage selber festsetzen, so sind sie dazu nach unserer Gesetzgebung vollkommen berechtigt. Was nun die Höhe der auf Fr. 2000 fixirten Conventionalstrafe betrifft, so fällt hiebei in Betracht, dass die Klägerin zur Zeit gar kein Vermögen besitzt und dass der Beklagte laut Ausweis der Steuertabelle, in Verbindung mit seinen zwei Brüdern zusammen ein Vermögen von Fr. 3500 versteuert. Daraus folgt, dass der Betrag der festgesetzten Conventionalstrafe die beidseitige financielle Leistungsfähigkeit übersteigt und dass daher die Bestimmung des Art. 182 O.-R. Anwendung findet, wonach es dem billigen Ermessen des Richters überlassen ist, übermässige Strafen herabzusetzen. Herwärtige Instanz kennt nun die financiellen Verhältnisse der Parteien nicht näher und die Steuertabellen allein geben nicht genügenden Aufschluss in solchen Dingen, daher der Richter zweiter Instanz bei Abgang weiteren Ausweises wohl am ehesten das Richtige trifft, wenn er dem Richter erster Instanz folgt, welcher der Sache näher steht und die Verhältnisse besser zu kennen im Falle ist.

---

70. *Die Abtretung einer Miethzinsforderung sammt dem dafür bestehenden Retentionsrechte an einen Dritten ist zulässig. Art. 190 O.-R.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 22. Januar 1887 in Sachen Ernst C. Weber.

Motive. Nach Art. 190 O.-R. gehen mit einer abgetretenen Forderung die auf sie bezüglichen Vorzugs- und Nebenrechte auf den Erwerber der Forderung über, diejenigen Rechte ausgenommen, welche ausschliesslich mit der Person des Abtretenden verbunden sind. Sonach steht der Geltendmachung des Retentionsrechtes durch den Cessionar der Forderung der Umstand nicht entgegen, dass in der Abtretungsurkunde dieses Rechtes keine Erwähnung gethan ist; der Wille, dieses Recht mit zu übertragen, ist selbstverständlich und braucht nach dem Gesetze nicht ausdrücklich bemerkt zu werden. Dagegen entsteht die Frage, ob das Retentionsrecht übertragbar sei.

Das Gesetz bezeichnet in der angeführten Stelle als nicht übertragbar diejenigen Rechte, welche mit der Person des Abtretenden verbunden sind. Das kann nun aber für diesen Fall kaum gesagt werden, denn irgend ein persön-

liches Verhältniss des Cedenten zum Concursiten (dem debitor cessus), das dem erstern ein Retentionsrecht verleihen würde, abgesehen von dem obligatorischen Verhältniss der Miethe, ist nicht behauptet worden, das Retentionsrecht beruht lediglich auf dem Miethverhältniss; im Gegensatz etwa zu den besondern und persönlichen Verhältnissen der Ehegatten, des Vormundes zum Mündel etc., aus welchen rein persönliche Privilegien anlässlich obligatorischer Verhältnisse unter diesen Personen entstehen können.

Was die Frage betrifft, ob durch die blosse stillschweigende Willenserklärung der Parteien ein Retentionsrecht übertragen werden könne, so ist vorerst daran festzuhalten, dass dieses Recht im Allgemeinen nach Art. 224 O.-R. an die Thatsache geknüpft ist, dass der Retentionsberechtigte die Sache in seiner Verfügungsgewalt habe, beziehungsweise nach Art. 294 O.-R., dass die Gegenstände sich noch in den von ihm vermietheten Räumlichkeiten befinden. Nur unter dieser Voraussetzung kann ein Wegziehen verhindert oder nach erfolgter Benachrichtigung eine Realisirung nach den Grundsätzen des Faustpfandrechtes durchgeführt werden. Es ist daher zu untersuchen, ob dem Uebernehmer der Forderung auch die Verfügungsgewalt über die Retentionsgegenstände soweit übertragen worden sei, als sie dem Vermiether zustehen musste. Diese Uebertragung konnte keine körperliche sein, weil es auch dem Abtretenden nicht gestattet war, die Retentionsgegenstände ohne Weiteres wegzunehmen und an einen dritten Ort zu verbringen. Dagegen ist nach O.-R. die Uebertragung des Besitzes überhaupt (Art. 201) und insbesondere auch des Pfandbesitzes (Art. 217) möglich dadurch, dass der Berechtigte einen Dritten beauftragt, in seinem Namen den Besitz auszuüben. Bei der Cession einer Miethzinsforderung nebst dem dafür bestehenden Retentionsrecht gestaltet sich die Uebertragung der Verfügungsgewalt über die Retentionsobjekte in der Weise, dass vom Moment der Abtretung an der Cedent den Besitz für den Cessionar ausübt, und es ist anzunehmen, dass das auch der Wille der Contrahenten gewesen sei.

---

71. *Lex commissoria, bezw. constitutum possessorium. Art. 222, bezw. 202 O.-R.*

**Zug.** Urtheil des Obergerichts i. S. Moos c. Meier.

Kläger J. B. Moos hat an Beklagte, Eheleute Meier, eine unbestrittene Forderung von Fr. 250. Zu deren Sicherung verkauften die Eheleute M. dem Kläger durch Vertrag vom

24. Febr. 1883 ihre bei der Versicherungsgesellschaft Phönix versicherte Fahrniss und übergaben ihm zu diesem Behuf die Police, behielten aber die Gegenstände selbst in ihrem Gewahrsam, bis sie Kläger am 8. März 1884 in das Gantlokal bringen liess. Beklagte widersprachen diesem Vorgehen und der beabsichtigten Versteigerung und verlangten unbeschwerte Rückgabe nebst Schadenersatz, weil es sich um einen nach Art. 222 und 16 O.-R. ungültigen verschleierten Verfallvertrag handle. Das Cantonsgericht schützte aber den Gläubiger bei seinem Vorgehen, indem es das Geschäft vom 24. Februar 1883 als Kaufvertrag erklärte, kraft dessen der Kläger das Recht besessen, das einmal gekaufte Inventar sofort wegzunehmen.

Das Obergericht dagegen wies den Anspruch des Klägers als unbegründet ab, und verurtheilte denselben zur Zahlung eines Schadenersatzes von Fr. 50 an die Beklagten wegen unberechtigter Wegnahme ihrer Sachen,

in Erwägung, dass das O.-R. solche Kaufverträge, wo der Verkäufer die Nutzung der als Sicherung gegebenen Gegenstände nicht verliert, nicht gestattet, und solche Combinationen, wodurch das Gesetz wirklich umgangen und der Wille des Gesetzgebers verunmöglicht und illusorisch gemacht wird, vom Richter nicht geschützt werden können.

---

72. *Faustpfandrecht. Ungültigkeit des Verfallvertrages. Art. 222 O.-R.*

**Graubünden.** Urtheil des Cantonsgerichts vom 9. März 1886 in Sachen Christoph Scarsi c. Carl und Josef Crameri.

Am 4. Mai 1884 erhielt der Kläger von den Beklagten ein Darlehen im Betrage von Fr. 1200 mit der Verpflichtung, dasselbe bis 15. Juni gl. J. sammt Zins und Spesen zu erstatten. Als Sicherheit gab der Schuldner Scarsi den Creditoren neun Stücke Rindvieh zu Faustpfand. In der bezüglichen Verschreibung ist festgesetzt, dass der Schuldner, wenn er den Darleihern die Summe sammt Zinsen und Spesen bis 10. oder 15. Juni erstatte, sein Vieh zurückbeziehen könne; widrigenfalls verbleibe dasselbe Eigenthum der Herren Crameri. Der Schuldner konnte auf die festgesetzte Zeit die Summe den Gläubigern nicht erstatten, worauf der Zahlungstermin um drei Monate verlängert wurde. Die Herren Crameri stellten das Vieh zur Sömmerung in eine Alp und bezogen die von den Kühen gewonnene Milch. Ein ebenfalls dort befindliches Kalb ging in fraglicher Alp zu Grunde. Inzwischen suchte Scarsi im Engadin das Geld aufzutreiben,

jedoch ohne Erfolg, indem er auch an dem auf den 15. September verlängerten Termin die Zahlung nicht leistete. Am 18. September verkauften die Pfandinhaber die auf 8 Stücke reducirte Viehhabe für Fr. 1410 und compensirten hiemit ihre Forderung. Vor erster Instanz verlangte der Kläger Erstattung der als Faustpfand gegebenen 9 Stücke Rindvieh oder Zahlung des auf Fr. 2330 berechneten Werthes derselben sammt Fr. 150 als Aequivalent für den Milchertrag. Die Beklagten anerkannten die Unzulässigkeit der in der Verschreibung vom 4. Mai 1884 aufgenommenen Verkaufsclausel, behaupteten aber, hiebei angenommen zu haben, dass im Falle der nicht erfolgenden Zahlung das Eigenthum an der Viehhabe ohne weitere Zuschätzung auf sie übergegangen sei, und stellten der Klage das Rechtsbegehren entgegen, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen und ihre Rechnung im Betrage von Fr. 1410 für Capital, Zins und verschiedene Spesen anzuerkennen und daher die Schuld des Klägers als mit dem Erlöse aus dem verkauften Vieh getilgt zu erklären. Beiderseits wurde ein Zeugenbeweis angetreten, vom Kläger, um darzuthun, dass das Vieh und der Sommernutzen einen höheren Werth hatten, und von den Beklagten, um zu erhärten, dass der erlöste Verkaufspreis dem wahren Werthe des Viehes entsprach.

Das Bezirksgericht Bernina verurtheilte die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 340. In zweiter Instanz wurde dieses Urtheil bestätigt.

Motive: Die Natur des zwischen den Litiganten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ist als Darlehen auf Faustpfand aufzufassen und es finden daher die Bestimmungen des O.-R., Art. 210 ff., auf den vorliegenden Fall Anwendung. Demgemäss ist die in der Verschreibung vom 4. Mai 1884 enthaltene Clausel, dass das Pfandobject im Falle der Nichtzahlung dem Gläubiger zufalle, laut Art. 222 O.-R. gesetzlich ungültig, wogegen der Faustpfandgläubiger im Falle der Veräusserung für den vollen Werth des Pfandes und für allfälligen weitern Schaden zu haften hat. Durch die unberechtigte Veräusserung des Pfandobjectes ist der Kläger in die Unmöglichkeit versetzt worden, den vollen Werth des Pfandobjectes zur Zeit der Veräusserung desselben auszumitteln und festzusetzen und gestützt darauf das Mass der Haftbarkeit des Pfandgläubigers geltend zu machen, indem einerseits die zur Werthbestimmung aufgerufenen Zeugen wegen ungenügender Kenntniss des Pfandobjectes keine bestimmten Angaben zu machen im Falle waren, und weil

anderseits nicht erwiesen worden, dass der zwischen den Beklagten und dem Käufer des Viehes festgesetzte und von Ersteren bezogene Kaufpreis den wirklichen Werth des Pfandobjectes repräsentirt. Diese durch Verschulden des Pfandgläubigers herbeigeführte Unklarheit der zur Beurtheilung massgebenden Verhältnisse kann die der Streitsache fernstehende zweite Instanz nicht durch eigene Kenntniss derselben ersetzen; dagegen muss angenommen werden, dass die erste Instanz besser im Falle war, die dabei in Betracht fallenden factischen Verhältnisse, namentlich die Beschaffenheit der Alp, auf welcher das Vieh gesömmert worden, sowie den muthmasslichen Milchertrag der Kühe und endlich die in dortiger Gegend zu jener Zeit laufenden Viehpreise zu würdigen, und darauf gestützt eine Berechnung aufzustellen, für welche in den Acten die nöthigen Anhaltspunkte fehlen. Ueberdies steht dem Pfandgläubiger nicht zu, den in der Verschreibung nicht festgesetzten Zinsfuss, sowie die Spesenberechnung einseitig festzusetzen, wodurch seine Forderung genau auf den Betrag des aus dem Viehverkauf gezogenen Erlöses gebracht wurde, und zwar um so weniger, als in den Acten die für die Berechnungsweise der Creditoren nöthigen Belege fehlen. Daraus ergibt sich, dass die von der ersten Instanz zu Gunsten des Schuldners angenommene Differenz zwischen Forderung und Schuldverpflichtung als den Verhältnissen angemessen angenommen werden muss.

---

73. *Vente. Vérification des qualités de la marchandise prétendue faite tardivement. Art. 243 ss. C. O.*

**Neuchâtel.** Jugement du Tribunal cantonal dans la cause Théremin c. Pettavel frères.

Théremin a vendu à Pettavel frères une quantité déterminée d'huile de colza épurée qu'il affirmait être de première qualité. La marchandise était livrable en deux termes. Les acheteurs ont accepté un premier envoi; à réception du second envoi, ils se sont bornés à vérifier si, par son apparence et son degré de densité, l'huile correspondait à la première qu'ils avaient reçue. Plus tard, en faisant l'essai de l'huile à la lampe, on a reconnu que la dernière livrée était non épurée, mal préparée, mélangée avec une huile étrangère, brulant mal et renfermant ainsi des défauts qui lui enlèvent sa valeur. Or, Pettavel frères ont refusé de payer le prix de la seconde livrée. Théremin leur a ouvert action en paiement du prix faute de réclamation en temps utile.

Le Tribunal cantonal a débouté le demandeur de ses conclusions.

Motifs: Attendu que sur les assurances de leur vendeur, la vérification des qualités apparentes de la marchandise devait paraître suffisante aux acheteurs;

Que s'ils n'ont pas poursuivi cette vérification en faisant l'essai de cette huile à la lampe, le demandeur, qui s'était engagé à livrer une quantité déterminée d'huile épurée et qui affirmait que celle du second envoi était de qualité identique à celle du premier, ne peut se prévaloir de ce que la seconde vérification aurait été trop sommaire pour se prétendre dégagé de toute garantie légale;

Que la preuve des défauts qui, en tenant compte des circonstances de la cause, ne devaient être découverts à l'aide d'une vérification usuelle, est acquise par plusieurs expertises toutes consonnantes entre elles;

Vu les art. 243 et suivants C. O.

---

74. *Art. 294 O.-R. gewährt dem Vermiether ein Retentionsrecht für den Miethzins des verflossenen und des laufenden Miethjahres.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 6. November 1886 in Sachen Klaiber und Consorten contra Bühler.

R. hatte von B. verschiedene Räumlichkeiten gemiethet für den jährlichen Miethzins von Fr. 1150, zahlbar in vierteljährlichen Raten. Die Miethe begann mit 1. Juli 1884 und war auf 3 Jahre unaufkündbar. R. gerieth am 28. Juni in Concurs, in welchem B. folgende Forderungen anmeldete:

2 Vierteljahrszinse, verfallen mit 1. April 1886 und 1. Juli 1886 . . . . . Fr. 575. —
1 Jahreszins für die Zeit vom 1. Juli 1886 bis 1. Juli 1887 mit . . . . . „ 1150. —

wofür das Retentionsrecht des Vermiethers in Anspruch genommen wurde. Dasselbe wurde jedoch nur für den Betrag von Fr. 575, also für den Miethzins vom 1. Januar 1886 bis 30. Juni 1886 gutgeheissen.

Motive: Sobald man die Bezeichnung „Jahr" im Art. 294 O.-R. nicht auf das Kalenderjahr beziehen will, wofür nichts zu sprechen scheint, und was auch keine der Parteien thun möchte, kann dieselbe nur auf das Miethjahr bezogen werden, und nach dem Vertrage ist es klar, dass dasselbe sich auf den Zeitraum vom 1. Juli bis 30. Juni folgenden Jahres erstreckte. Nun ist R. schon am 28. Juni 1886 in Concurs gerathen, also im Laufe des Miethjahres 1885/86. Die von der ersten Instanz adoptirte Auslegung, dass näm-

lich unter dem Zinse „des laufenden Jahres" derjenige zu verstehen sei, von dem noch nichts verfallen sei, im vorliegenden Falle also derjenige, welcher seit dem letzten vor der Concurseröffnung verstrichenen Verfalltage (1. April 1886) laufe, wäre dann richtig, wenn der Gesetzgeber dieselbe ausdrücklich ausgesprochen, oder wenigstens angedeutet hätte, dass dem Vermiether bei Annahme vierteljährlicher Verzinsung mindestens $^3/_4$ Jahreszinsen zu bezahlen seien. Das ist nicht geschehen und anderseits daran festzuhalten, dass das Retentionsrecht des Vermiethers ein Privilegium ist, welches im Zweifel stets in einschränkendem Sinne gedeutet werden muss. Wäre übrigens der Miethzins nicht nur jährlich berechnet, sondern auch in Jahresraten zahlbar erklärt worden, so wäre die Auslegung der ersten Instanz vollends ohne jeglichen Anhaltspunkt; es ist nun aber nicht einzusehen, warum die Theilung des Jahreszinses in Quoten die Dauer des Retentionsrechtes verlängern sollte.

---

75. *Location ou vente? Piano loué sous condition que si le montant des locations acquitté atteint la somme de fr. 700, le locataire devient sans autre propriétaire de l'instrument. Droit de rétention du bailleur du locataire. Art. 294 C. O.*

**Fribourg.** Jugement du Tribunal de l'arrondissement de la Sarine du 28 mai 1886 dans l'affaire Sch. F. c. A. R. et M. G.

Le 1er juin 1882 il a été passé entre Sch. F. et un nommé Guntzberger la convention, que Sch. F. remet en location à Guntzberger un piano, que le prix de location est payable à l'avance et par mois, qu'il a été fixé à fr. 15 par mois, et que si le montant des locations acquitté atteint la somme de fr. 700, le locataire devient sans autre propriétaire de l'instrument loué par le présent contrat. Au pied de cette convention Mr. A. R. propriétaire du domaine loué à Guntzberger, a déclaré reconnaître le droit de propriété de Mr. Sch. F. sur le piano loué et renoncer formellement à tous ses droits sur le dit piano comme bailleur. Par arrêt du 26 septembre 1885 le Tribunal cantonal a ordonné la liquidation juridique des biens de Guntzberger, qui jusqu'à ce moment avait livré des à compte s'élevant à fr. 540 et devait donc encore à Sch. F. fr. 160, pour arriver à la somme de fr. 700, prix de vente du piano. Dans la discussion ouverte Sch. F. a revendiqué le piano et est de plus intervenu pour la location du piano pendant 5 mois par fr. 75, plus pour frais de transport par fr. 15. Les créanciers A. R. et M. G. ont déclaré opposer à la revendication de Sch. F. L'un d'eux,

A. R., a prétendu le droit de rétention sur le piano en qualité de propriétaire du domaine loué à Guntzberger, pour tout ce que le discutant lui doit en vertu du bail passé avec lui; l'autre, M. G., a conclu que moyennant l'offre de payer comptant le solde du prix du piano, Sch. F. soit débouté de sa demande. Le Tribunal a admis M. G. sous l'offre par lui faite dans sa conclusion, et a éconduit A. R. de sa demande reconventionnelle.

Motifs: Considérant que la convention du 1er juin 1882 passée entre Sch. F. et M. Guntzberger l'a été sous l'empire du Code civil fribourgeois et qu'elle est donc régie par celui-ci;

que d'après l'art. 1261 de ce Code tout contrat doit être qualifié d'après sa substance et non d'après la forme ou le nom que lui ont donné les parties contractantes, soit par erreur soit pour donner le change sur la nature de leur acte;

que la convention du 1er juin 1882 n'est pas un simple contrat de location comme elle est intitulée, mais constitue, par elle-même, au fond une véritable vente;

qu'en effet un acte de location ne comprend que la jouissance exclusive de l'objet loué, tandis que dans l'espèce M. Guntzberger, en payant mensuellement fr. 15 jusqu'à ce que la somme de fr. 700 ait été atteinte devenait propriétaire du piano;

que M. Guntzberger a livré des à comptes s'élevant à fr. 540;

qu'ensuite de l'abandon fait par Guntzberger de tous ses biens à ses créanciers, ceux-ci ont été substitués à la convention et partant à la propriété du piano moyennant paiement du solde de son prix.

Attendu, quant à Mr. A. R., que celui-ci a reconnu le droit de propriété de Sch. F. sur le piano et renoncé formellement à tous ses droits sur le dit instrument en qualité de propriétaire du domaine loué à M. Guntzberger.

---

**76.** *Dienstvertrag. Vorzeitige Aufhebung aus wichtigen Gründen. Unfähigkeit des Dienstherrn zur Leistung der Gehaltszahlungen. Art. 346 O.-R.*

**St. Gallen.** Urtheil des Cantonsgerichts vom 7. Januar 1886.

Der Kläger wurde vom Beklagten als Agent für den Verkauf von Stickereien auf englischen Plätzen mit einem in monatlichen Raten zahlbaren Jahresgehalt von 144 Pfd. St. auf die Dauer von zwei Jahren vom 1. März 1885 an enga-

girt. Für Vertragsbruch oder vorzeitige Kündigung wurde eine Entschädigung von Fr. 2000 festgesetzt. Der Kläger verpflichtete sich, seine ganze Zeit dieser Agentur zu widmen. Trotz rechtzeitiger Rechnungsstellung erhielt der Kläger das Salair für die Monate März und April nicht. Am 21. Mai schrieb ihm der Beklagte: „Vor Allem muss ich Ihnen leider die offene Erklärung abgeben, dass es mir momentan rein unmöglich ist, Ihnen Ihr Salair zu senden.“ Der Brief enthielt dann Lamentationen über die schlimme Lage, in welcher sich der Beklagte befinde. Nun erklärte der Kläger den Vertrag als aufgehoben. Er forderte sein Salair für vier Monate à Fr. 303. 85, also Fr. 1215. 36, nebst der im Vertrag stipulirten Entschädigung von Fr. 2000. Der Beklagte anerkannte die Salairforderung, bestritt hingegen die Entschädigungsforderung. Er machte geltend, im Vertrage sei die Nichteinhaltung der monatlichen Termine nicht als Vertragsbruch erklärt; er habe nie behauptet, das Salair nicht bezahlen zu wollen, sondern die Zahlungspflicht anerkannt und Zahlung versprochen. Er befinde sich infolge seiner Nichtbezahlung lediglich im Verzug, und der Kläger hätte daher gegen ihn nur nach Art. 117, 122 O.-R. vorgehen können, nämlich mit der Aufforderung, die verfallenen Salairbeträge auf einen bestimmten Tag zu bezahlen, unter der Androhung, dass der Vertrag sonst als dahingefallen gelte.

In Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urtheils schützte das Kantonsgericht den Kläger bei seiner ganzen Forderung.

Motive. Die Frage, ob der Beklagte durch die Nichtbezahlung des laut Vertrag in monatlichen Raten zahlbaren Salairs vertragsbrüchig geworden sei, ist zu bejahen. Die Verpflichtung, dem Kläger das Salair in monatlichen Raten zu bezahlen, ist unstreitig eine wesentliche, eine das Vertragsverhältniss in vorzüglicher Weise bedingende Stipulation, deren Nichterfüllung während längerer Zeit als wichtiger und genügender Grund angesehen werden muss, aus welchem nach Art. 346 O.-R. die Aufhebung des Vertrages verlangt werden kann, auch wenn dieser Verzug im Vertrage selbst nicht ausdrücklich als Vertragsbruch angesehen worden ist. Die Einrede des Beklagten, der Kläger hätte ihn zur Zahlung auf einen bestimmten Tag unter Androhung der Vertragsauflösung auffordern sollen, kann nicht geschützt werden, nachdem der Beklagte selbst die Fortdauer des Vertragsverhältnisses mit seiner Zuschrift vom 21. Mai 1885 dem Kläger in unzweideutigster Weise als nicht mehr möglich dargestellt hat. Der Vertragsbruch auf Seite des Beklagten

liegt eben in dieser von ihm selbst eingestandenen Unmöglichkeit, seinen Verbindlichkeiten überhaupt nachkommen zu können. In der Klarlegung der ökonomischen Lage des Beklagten konnte der Kläger mit Fug einen Rücktritt des Beklagten vom Vertrage erblicken, wesshalb er keine Veranlassung hatte, dem letztern noch eine Frist zur Salairbezahlung anzusetzen, zumal eine solche nach der eigenen Mittheilung des Beklagten erfolglos geblieben wäre. Der Vertragsbruch liegt daher auf Seite des Beklagten; wenn auch nicht gerade in einer vertragswidrigen Absicht, sondern in vielleicht unverschuldeten, persönlichen Verhältnissen des Beklagten begründet. Nun haben sich die Contrahenten aber vertraglich verpflichtet, es habe im Falle eines Rücktrittes vom Vertrage vor dessen Ablauf und im Falle eines Bruches desselben der schuldige Theil dem andern eine Entschädigung von Fr. 2000 zu leisten. Die Entschädigungsforderung muss daher geschützt werden.

---

77. *Haftpflicht des Stallwirthes. Art. 488 O.-R.*
**St. Gallen.** Urtheil des Cantonsgerichts vom 6. Mai 1886.

Der Fuhrbote Sch. fuhr am 8. October 1885 in gewohnter Weise mit seinem Einspänner nach A. und kehrte Vormittags im Gasthaus zur „Linde“ ein. Er spannte selbst aus und führte das Pferd gegen den Stall. Dabei kam ihm der Knecht entgegen, schirrte das Pferd ab und stellte es in den Stall, wo noch einige Pferde standen. Nach dem Zeugniss des Knechtes hinkte das Pferd des Sch. beim Eintritt in den Stall nicht im Geringsten. Der Knecht fütterte das Pferd des Sch. mit dessen mitgebrachtem Futter. Der Lindenwirth G. liefert kein Futter, er bezieht auch kein Stallgeld; die Gäste geben dem Knechte nach Belieben ein Trinkgeld. Gegen Mittag suchte der Knecht den Sch. auf dem Markte auf und theilte ihm mit, sein Pferd sei im Stalle geschlagen worden. Einige Tage später liess der Thierarzt, welchem das Pferd zur Behandlung übergeben worden war, dasselbe mit Einwilligung des Klägers tödten. Der Sectionsbericht constatirte einen schiefen Splitterbruch des Unterschenkelbeinknochens. Das Cantonsgericht kam in der Hauptsache zur Gutheissung der Schadenersatzforderung des Klägers.

Motive. Nach Art. 486 und 488 O.-R. haften die Stallwirthe für jede Beschädigung an den bei ihnen eingestellten oder von ihnen oder ihren Leuten auf andere Weise übernommenen Thieren, sofern sie nicht beweisen, dass der Scha-

den durch Verschulden des Einstellers, durch höhere Gewalt oder die Beschaffenheit des Thieres selbst verursacht worden ist. Die Einrede des Beklagten G., der Kläger hätte ihm Gelegenheit geben sollen, sich bei der Behandlung des Pferdes zu bethätigen und mitzusprechen, ist nicht stichhaltig, weil gar nicht anzunehmen ist, dass der Beklagte durch die getroffenen Verfügungen benachtheiligt wurde, bezw. bessern Rath gewusst hätte. Uebrigens setzte der eigene Knecht des Wirthes von dem Unfalle den Sch. in Kenntniss, der Letztere durfte daher annehmen, dass jener auch seinem Meister G. die Mittheilung gemacht habe. Der Umstand, dass der Beklagte kein Stallgeld zu fordern pflegt und kein eigenes Futter hält, benimmt ihm den Charakter eines Stallwirthes nach Art. 488 O.-R. nicht, zumal bewiesen ist, dass in seinem Stalle 7—8 Pferde eingestellt werden können und G. das Aequivalent für das dem Knecht überlassene Stallgeld in der grösseren Frequenz des Gasthauses suchen kann, welche mit dieser Bequemlichkeit für Besucher und Pferdeeinsteller verbunden ist.

---

78. *Bürgschaft. Verpflichtung des Gläubigers zur Anmeldung der Forderung im Concurse des Schuldners. Verhältniss der Art. 129, 161, 501 und 510 O.-R. unter sich und zu cantonalrechtlichen Normen (speciell § 35 des thurgauischen Concursgesetzes) über die Folgen der Nichtanmeldung.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 2. Februar 1887 i. S. Erben Hitz-Wunderli c. Erben Gamper.

P. Gamper in Bürglen verpflichtete sich am 14. November 1885 als Bürge und Selbstzahler für die Summe von Fr. 361, welche A. Weber in Bürglen dem Hitz-Wunderli in Zürich schuldete, gutzustehen. Bald nachher kam Weber in Concurs. Trotz erhaltener Specialladung unterliess Hitz-Wunderli bezw. dessen Erbmasse, im Concurse die Forderung mit Regress auf den Bürgen anzumelden. Im Weberschen Concurse kam ein Accord mit 25% zu Stande. Die Erben Hitz belangten nun die Erben Gamper für die Bürgschaftsforderung, abzüglich der 25%, welche im Concurse Weber erhältlich gewesen wären.

Die erste Instanz wies die Forderung ab, davon ausgehend, dass nach thurgauischem Recht die Nichtanmeldung der Forderung im Concurse deren Untergang nach sich ziehe und gemäss Art. 129 und 501 O.-R. mit dem Untergang der Hauptschuld auch die Bürgschaft erlösche.

Vor zweiter Instanz machten Kläger und Appellanten geltend, die Einrede der Verwirkung sei unbegründet, da nach § 510 O.-R. der Gläubiger, welcher seine Forderung im Concurse nicht anmelde, seine Ansprüche gegen den Bürgen nur insoweit verliere, als diesem aus einer solchen Unterlassung Schaden entstanden sei. Auch bei Anmeldung der Forderung der Appellanten hätte der Schuldner einen Accord von 25% abgeschlossen und der Bürge sei deshalb verpflichtet, noch 75% zu bezahlen. Art. 35 des thurgauischen Concursgesetzes hebe den Art. 510 O.-R. nicht auf. Letzterer enthalte eine allgemeine Vorschrift, Art. 510 eine Ausnahme hievon. Hitz-Wunderli habe übrigens dem Bürgen durch eine Zuschrift vom 7. Dezember 1885 vom Ausbruch des Concurses innert der Eingabefrist Kenntniss gegeben, und es könnten deshalb sogar 100% geltend gemacht werden. Das Obergericht bestätigte das Urtheil.

Motive: Es fragt sich, ob die auf eine Bürgschaft gestützte Forderung der Appellanten gegen die Appellaten noch zu Recht bestehe. Das Obergericht verneint dies, und zwar gelangt es von zwei Gesichtspunkten aus zu diesem Resultate. Art. 129 O.-R. bestimmt: Mit dem Untergang der Forderung, mag solcher durch Erfüllung oder auf andere Weise bewirkt werden, erlöschen auch die Bürgschaften, Faustpfandrechte und sonstige Nebenrechte. Dieser Satz wird in Art. 501 bestätigt. Nun haben die Appellanten unterlassen, ihre Forderung im Concurse des Schuldners anzumelden. Diese Unterlassung hat nach dem thurgauischen Concursgesetz die Folge, dass die Forderung gänzlich untergegangen ist. Die Appellanten haben sich darauf berufen, dass durch Inkrafttreten des O.-R. die singuläre Bestimmung des § 35 des thurgauischen Concursgesetzes aufgehoben worden sei. Dies ist jedoch nicht richtig. Nach Art. 161 O.-R. wird das Erlöschen von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlichen Ausköndungen vom cantonalen Recht bestimmt (vgl. hiezu die Commentare von Hafner und Schneider und Fick). Ist nun die appellantische Forderung im Concurs des Hauptschuldners untergegangen, so ist dadurch auch der Bürge befreit worden. — Art. 510 O.-R. schreibt vor, dass der Gläubiger, welcher seine Forderung im Concurse des Hauptschuldners nicht anmelde, seine Ansprüche gegen den Bürgen insoweit verliere, als diesem aus einer solchen Unterlassung ein Schaden entstanden sei. Nun besteht der Nachtheil aus der Unterlassung der Anmeldung der Forderung im Verlust der ganzen Forderung; der Gläubiger könnte dem allfällig

zahlenden Bürgen keine Rechte gegen den Hauptschuldner cediren (Art. 507 O.-R.) und desshalb geht das Regressrecht des Gläubigers gegen den Bürgen gänzlich unter. — Die Appellanten haben sich wiederholt darauf berufen, dass sie den Appellaten von dem Ausbruche des Concurses auf den Hauptschuldner Kenntniss gegeben haben. Allein dadurch ist die Anmeldung im Concurs des Hauptschuldners, welche Art. 510 O.-R. fordert, nicht ersetzt worden.

---

79. *Liquidation d'une société en nom collectif. Fonctions du liquidateur en ce qui concerne le paiement des dettes sociales. Art. 557 et 583 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 17 juin 1886 dans la cause Bourdillon c. Gargantini.

A. Bourdillon a été désigné liquidateur de la société Spinedi, Grassi et Gargantini. La liquidation présente un passif de fr. 1380. 90, que Bourdillon divise en trois parts et réclame des trois associés. Spinedi et Grassi ont payé leurs parts, Gargantini s'y refuse; le Tribunal a débouté le demandeur Bourdillon de ses conclusions.

Motifs: Attendu que le liquidateur a le droit absolu d'assigner les associés à compléter leur apport ou à remettre à la société une somme qu'ils lui doivent (art. 557 C. O.); que, dans le cas spécial, Bourdillon ne réclame pas une somme que Gargantini devrait à la société en vertu de faits ou de conventions antérieures, mais bien fr. 460. 30 pour sa part de déficit;

Attendu que le liquidateur n'est préposé qu'à une situation de fait, qu'il doit liquider au mieux des intérêts des ayants droit; . . . . . qu'il n'a pas le droit de demander à un associé, s'il n'y consent pas spontanément, ou si le contrat de société n'a pas prévu le cas, une contribution proportionnelle à sa part sociale pour les dettes qui restent à payer.

Attendu que, si l'actif social se trouve insuffisant pour solder celles-ci, les créanciers, pour être payés, n'ont qu'à réclamer directement l'application de l'art. 564 C. O. et rechercher les associés personnellement à raison des dettes sociales.

---

80. *Association constituée avant le 1er janvier 1883. Défaut d'inscription au registre du commerce. Personnalité juridique refusée. Art 678, 717, 860, 864 et 894 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 24 novembre 1886 dans la cause Société de laiterie de Villariaz c. Badoux.

En 1869 a été fondée à Villariaz (Fribourg) une société de laiterie, dont les statuts ont été approuvés par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg le 20 décembre 1869, conformément à la loi fribourgeoise du 16 mai 1867.

Après l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations, la Société de laiterie de Villariaz ne s'est pas fait inscrire au registre du commerce.

En 1886, la dite société a ouvert action à S. Badoux, à Crémin (Vaud), en sa qualité de caution de Maurice Jonin, aubergiste, pour parvenir au paiement d'une somme de 2072 fr. 09 cent. due par ce dernier pour prix de lait à lui vendu par la société.

Dans une demande exceptionnelle, S. Badoux a conclu au rejet de la demande déposée au nom de la Société de laiterie de Villariaz, cette société ne possédant pas la personnalité civile et ne pouvant ester en justice.

Le Tribunal du district de Moudon a admis cette conclusion exceptionnelle, et son jugement a été confirmé par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant que les dispositions de l'art. 894 C. O., relatives à l'inscription au registre du commerce, ont une portée beaucoup plus générale que ne l'estime la recourante et que l'on ne saurait les restreindre aux sociétés et associations qui se sont formées dès le 1er janvier 1883.

Qu'en effet, s'il est vrai que les droits acquis ne doivent pas être atteints par une disposition rétroactive, cependant le registre du commerce n'a sa pleine valeur et son utilité qu'à la condition de fournir des renseignements complets, et qu'il est ainsi nécessaire que les prescriptions relatives à l'inscription s'étendent aussi aux sociétés et associations fondées avant le 1er janvier 1883.

Qu'on ne saurait admettre que le législateur ait voulu créer par le Code des obligations deux régimes différents, l'un pour les sociétés antérieures à 1883, l'autre pour celles créées postérieurement.

Que si, avant le 1er janvier 1883, il n'existait pas d'obligation de se faire inscrire au registre du commerce, ce n'é-

tait point là un effet de l'acte juridique constitutif de la société ou de l'association, mais une simple conséquence de l'absence de dispositions exigeant l'inscription.

Que lorsque de telles dispositions sont promulguées, elles s'appliquent immédiatement à tous les rapports de droit existants, car leur portée étant purement formelle, elles ne heurtent pas des rapports de droit déjà déterminés quant au fond.

Que ce sont de simples dispositions d'ordre qui déterminent quelles mesures doivent être prises, non pour créer l'existence d'un droit, mais pour en fixer la modalité.

Considérant que le C. O. a distingué nettement entre les sociétés qui sont tenues de se faire inscrire au registre du commerce et celles pour lesquelles un tel procédé est facultatif.

Que, pour les sociétés qui sont tenues de se faire inscrire, la loi (art. 860 et 864) a établi une sanction en frappant les contrevenants d'une amende et en les rendant responsables de tout dommage pouvant résulter de l'omission de l'inscription.

Considérant que, dans l'espèce, l'on ne se trouve pas en présence d'une société ayant l'obligation de se faire inscrire, mais qu'il s'agit ici d'une association définie à l'art. 678 C.O.

Qu'aux termes de cet article, toute réunion de personnes qui, sans constituer l'une des sociétés définies aux titres 24 à 26, poursuit un but économique ou financier commun doit, pour former une association ayant droit à la personnalité civile, se faire inscrire au registre du commerce.

Considérant que la sanction de cette prescription de la loi se trouve dans la disposition de l'art. 717 qui statue que les sociétés qui, ayant un but économique ou financier, ne se sont pas fait inscrire au registre du commerce, ne jouissent pas de la personnalité civile.

Considérant qu'il ressort, en outre, des décisions prises à ce sujet par l'autorité supérieure compétente, que les associations ne sont tenues de se faire inscrire au registre du commerce que lorsqu'elles veulent acquérir la personnalité civile et que celles qui ont acquis cette personnalité avant le 1er janvier 1883 ne peuvent la conserver qu'en se faisant inscrire au registre du commerce (*Manuel du registre du commerce*, p. 44).

Que leur conserver cette personnalité, malgré le défaut d'inscription, aboutirait à la double conséquence qu'elles n'au-

raient aucun intérêt à se faire inscrire et qu'elles échapperaient aux dispositions légales sur la matière.

Considérant que, dans l'espèce, la Société de laiterie de Villariaz n'étant pas inscrite au registre du commerce, c'est donc avec raison que le Tribunal de Moudon ne lui a pas reconnu sa personnalité civile et qu'il a, en conséquence, admis les conclusions de S. Badoux.

81. *Prescription. Interruption en matière de lettres de change. Art. 804 à 806 C. O. combinés avec l'art. 3 de la loi neuchâteloise sur les sursis concordataires.*

**Neuchâtel.** Arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1886 dans la cause Banque commerciale de Neuchâtel c. la Société du Crédit mutuel en sursis concordataire.

La Banque commerciale neuchâteloise est porteur d'un grand nombre de billets de change qui lui ont été endossés par la Société du Crédit mutuel à Neuchâtel et dont plusieurs ont été protestés.

D'après l'article 804 C. O. le recours du porteur contre le tireur et les autres garants se prescrit par un mois si le billet de change est payable en Suisse, et l'article 806 statue que la prescription n'est interrompue que par une poursuite, par une action en justice ou par la production faite dans la faillite du débiteur.

L'action en justice pour le paiement d'un billet ou d'une lettre de change est inconnue à la législation neuchâteloise, et comme le Crédit mutuel a été mis au bénéfice de la loi neuchâteloise sur les sursis concordataires qui ne prévoit pas d'inscriptions, le porteur d'un effet protesté ne peut pas exercer son recours par la voie de l'intervention dans la faillite. Il ne lui reste ainsi qu'une voie ouverte, la poursuite.

Mais l'article 3 de la loi sur les sursis concordataires statue également qu'à dater du jugement accordant le sursis, toutes poursuites et mesures d'exécution sont suspendues contre le débiteur en sursis. Néanmoins la Banque commerciale a tenté cette voie afin de rester dans les termes du Code fédéral. Elle a présenté au juge de paix les 22 et 25 février 1886 deux effets souscrits à l'ordre du Crédit mutuel, endossés par celui-ci à la Banque commerciale et protestés à la date du 2e février 1886, et elle a demandé au juge d'autoriser la poursuite par mesure conservatoire.

Mais le juge de paix a refusé en se fondant sur l'art. 3 de la loi précitée.

La Banque commerciale comprend ce refus qui est motivé sur la lettre de la loi. Elle craint toutefois que l'absence de poursuites ne lui soit, cas échéant, opposée, et elle se voit obligée de recourir auprès de la Cour de cassation en vue de maintenir ses droits.

La Cour de cassation civile a rendu l'arrêt suivant:

Considérant que la Banque commerciale a demandé d'exercer des poursuites contre la Société de Crédit mutuel „à titre „de mesure conservatoire conformément aux articles 804 et „806 C. O. à la seule fin d'interrompre la prescription de „l'action en recours de la banque instante";

Que la permission de ces poursuites a été refusée par le motif que le Crédit mutuel „est au bénéfice d'un sursis „concordataire accordé par le président du Tribunal civil de „Neuchâtel";

Considérant que la demande de poursuites faite dans la seule intention d'interrompre la prescription est une demande régulière, car l'article 806 C. O. exigeant pour l'interruption de la prescription un acte juridique, tel qu'une poursuite, une production faite dans la faillite du débiteur, la banque a dû, pour conserver son droit de recours, procéder par la voie de la poursuite, telle que nos lois l'admettent et telle qu'elle est visée par cet article 806 C. O.;

Que, de son côté, le juge à qui ces poursuites étaient demandées, a pu admettre avec raison qu'il devait les refuser, en présence du texte de l'article 3 de la loi sur les sursis concordataires qui prononce la suspension de toutes poursuites contre le débiteur en sursis;

Que néanmoins, ce refus du juge n'a pas pu avoir pour effet de faire considérer la banque comme n'ayant pas accompli l'un des actes juridiques auxquels l'article 806 C. O. donne pouvoir d'interrompre la prescription, ni de la priver de son droit de recours contre le tireur et les autres garants;

Que la présentation de l'effet de change au juge de paix avec demande de poursuite doit, dans les cas de cette nature, être assimilée à la production faite dans la faillite d'un débiteur et doit avoir pour effet d'interrompre la prescription et cela lors même que le juge mentionnerait sur l'effet qu'il refuse la demande de poursuite;

Que la Banque commerciale se trouvant dans cette si-

tuation, l'exercice de son droit de recours doit lui être reconnue dans les limites des articles 804 et 806 C. O.

Qu'en conséquence, le recours qu'elle a adressé contre le refus du juge ne peut pas être déclaré mal fondé, et cela d'autant moins qu'étant le premier recours interjeté en cette matière, il donne l'occasion de fixer la jurisprudence sur un point d'application de nos lois qui intéresse un grand nombre de porteurs de lettres et de billets de change;

Par ces motifs:

Prononce que la demande de poursuites de la banque recourante est régulière, en tant qu'elle n'a eu d'autre but que d'assurer le maintien du droit de recours du porteur en interrompant la prescription;

Que le refus d'autoriser ces poursuites a eu pour effet de donner à la banque acte de ses diligences pour la mettre au bénéfice de l'interruption de prescription prévue par l'article 806 C. O.;

Que dans les cas de cette nature, la présentation de l'effet de change au juge de paix, avec mention par ce magistrat que cet effet lui a été présenté pour interrompre la prescription, suffit pour produire cette interruption.

Et dit qu'il n'y a pas lieu à répétition de frais.

---

82. *Billet de change à domicile. Défaut de protêt. Recours contre les cautions du billet. Art. 808, 809 et 828 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal cantonal des 10/11 février 1887, dans la cause Magnin et Perrin c. Crédit yverdonnois.

G. Forestier a souscrit en faveur du Crédit yverdonnois un billet de change à l'échéance du 21 février 1886, du capital de 2000 fr. Ce billet, „payable au domicile de la susdite banque", a été cautionné solidairement par Magnin et Perrin, puis endossé à la Banque cantonale vaudoise.

A l'échéance, Forestier étant insolvable, la Banque cantonale, porteur de l'effet, ne l'a pas fait protester, et a été payée par le Crédit yverdonnois, son endosseur.

Dans la suite, Forestier est tombé en faillite; le Crédit yverdonnois est intervenu dans sa discussion et y a perçu un dividende de 973 fr.

Pour parvenir au paiement du solde redu sur le billet, le Crédit yverdonnois a pratiqué une saisie contre les cautions Magnin et Perrin. Ceux-ci ont fait opposition en se fondant sur ce que, en vertu de l'art. 828 C. O., ils sont libérés de leur cautionnement; en effet, le billet étant à domicile, la Banque cantonale, vu le défaut de protêt, est déchue de son droit de recours contre le souscripteur lui-même et à plus forte raison contre ses cautions.

Le Tribunal cantonal, auquel la cause a été soumise directement par convention des parties, a écarté l'opposition de Magnin et Perrin et laissé libre cours à la saisie.

Motifs: Considérant qu'aux termes des art. 808, 1er alinéa, et 809 C. O., la caution (donneur d'aval) est tenue de la même manière que la personne qu'elle a garantie.

Qu'ainsi la caution du souscripteur d'un billet de change est tenue conformément aux règles qui régissent le souscripteur lui-même.

Attendu que, pour ce qui concerne le billet de change à domicile, l'art. 828 du C. O. distingue entre le billet de change dans lequel une tierce personne est désignée pour le payer et celui qui doit être payé par le souscripteur lui-même au domicile désigné.

Considérant que le billet du 21 octobre 1885 porte qu'il est „payable au domicile de la susdite banque" (le Crédit yverdonnois), mais que cette indication n'emporte pas que ce soit le Crédit yverdonnois qui ait l'obligation de le payer.

Qu'au contraire, à défaut de désignation spéciale c'est le souscripteur qui doit payer le billet au domicile indiqué.

Que, dans l'espèce, c'était ainsi Forestier qui devait payer le billet à son échéance au domicile du défendeur.

Attendu qu'il résulte de la disposition contenue à l'art. 828, 2e et 3e alinéas, du C. O. que lorsque la personne désignée est le souscripteur lui-même, le porteur du billet de change n'est pas tenu de faire protester l'effet pour réserver ses droits contre le dit souscripteur.

Qu'ainsi la Banque cantonale vaudoise n'était pas tenue de faire protester le billet du 21 octobre 1885.

Qu'il en résulte que ni le souscripteur, ni par conséquent les cautions de celui-ci ne peuvent se prévaloir du défaut du protêt.

83. *La procédure à fin d'annulation de titres au porteur (C. O. art. 849—856) est distincte de la procédure spéciale établie par l'art. 857. — L'art. 901 alinéa 2 n'est applicable qu'à la procédure à fin d'annulation. — C'est en conséquence la loi cantonale en vigueur avant la promulgation du C. O. qui est applicable en cas de perte de titres au porteur rentrant dans la catégorie de ceux prévus à l'article 857, si ces titres ont été créés et perdus avant le 1er janvier 1883.*

**Neuchâtel.** Arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1885 dans l'affaire Municipalité de Neuchâtel c. Bœhnke.

La Municipalité de Neuchâtel a contracté le 21 octobre 1857 un emprunt à primes divisé en 125 mille obligations de fr. 10 chacune; les obligations sont libellées comme suit:

„Le porteur a droit à la somme qui sera assignée au „Numéro .... par un des quatre vingt dix-neuf tirages qui „auront lieu à Neuchâtel d'après le plan ci-contre conforme „aux tableaux A et B, déposés aux Archives municipales, „le 1er mai et le 1er novembre de chaque année à dater du 1er „mai 1858."

Les primes attachés à ces obligations sont de 25 francs à cent mille francs.

Bœhnke négociant à Elbing (Prusse) disant avoir été porteur de trois de ces titres et les avoir perdus en 1877 s'est adressé au Président du Tribunal civil de Neuchâtel lequel, en application de l'art. 857 C. O. et sans avoir entendu la Municipalité de Neuchâtel a, par ordonnance du 30 avril 1885, prononcé „que la somme à payer par la Municipalité „pour chacune des obligations à primes de l'emprunt muni„cipal année 1857 dont Bœhnke se disait le porteur serait „consignée en Justice à l'échéance pour être délivrée à Bœhnke „après l'expiration du délai de prescription si aucun ayant „droit ne s'était présenté jusqu'à cette époque."

La Municipalité de Neuchâtel a recouru contre cette ordonnance en se basant entr'autres sur les motifs suivants:

1° La recourante conteste provisoirement que les obligations à primes de l'emprunt municipal de Neuchâtel année 1857 rentrent dans la catégorie des titres prévus à l'art. 857 C. O.; elle entend se réserver par là de soumettre l'appréciation de la nature juridique de ces titres à la Cour de cassation et cas échéant au Tribunal fédéral.

2° Il s'agit de titres créés et perdus avant le 1er janvier 1883; l'article 857 ne leur est donc pas applicable puisque l'art. 901, 2e alinéa ne vise que la procédure en annulation, ce qui n'est pas le cas dans l'espèce.

La Cour de Cassation civile a admis le recours de la Municipalité.

Motifs: Considérant que les obligations à primes de l'emprunt municipal de Neuchâtel année 1857 rentrent dans la définition des pièces prévues à l'art. 857;

Que cet article est donc en principe applicable à ces obligations dans la procédure qu'il institue en cas de perte de ces titres;

Qu'il faut toutefois rechercher dans l'espèce si cet article est applicable aux 3 obligations de Bœhnke qui ne sont pas encore sorties dans les tirages dont ces titres sont l'objet et qui auraient été perdues par le porteur en 1877 soit antérieurement au 1er janvier 1883 date de la mise en vigueur du C. O.;

Que l'article 901 alinéa 2 C. O. dispose ce qui suit: „Au „contraire à partir du 1er janvier 1883, la forme du protêt et „la procédure à fin d'annulation de titres au porteur sont „soumises, dans tous les cas, aux règles tracées par le pré„sent code";

Considérant que dans l'espèce il ne peut s'agir de la procédure à fin d'annulation de titres au porteur telle qu'elle est décrite dans les articles 849 à 856 C. O.;

Que les titres Bœhnke sont soumis à la procédure spéciale établie par l'article 857 qui n'est pas la procédure à fin d'annulation;

Que le code distingue nettement entre ces deux sortes de procédure;

Qu'il n'est dès lors pas possible d'étendre par voie d'analogie les dispositions de l'art. 901, 2e alinéa aux cas non visés par cet article et rentrant dans la procédure distincte tracée par l'art. 857;

Que les dispositions du 2e alinéa de l'art. 901 ne sont donc pas applicables à l'espèce;

Qu'en conséquence il y a lieu pour Bœhnke de faire valoir ses droits selon la loi neuchâteloise en vigueur antérieurement à la mise à exécution du C. O.

84. *Eisenbahntransport. Tarifänderung im Sinne von B.-Ges. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Dec. 1872, Art. 35 Ziff. 5.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 28. Januar 1887 i. S. Nordostbahn c. Gebr. Götschel.

Laut § 53 Abs. 2 des schweizerischen Transportreglements wird für Viehsendungen, die als Eilgut mit Personenzügen befördert werden, ein Taxzuschlag von 40% berechnet.

In der Beilage zum schweizerischen Bundesblatt Nr. 26 vom 3. Juli 1886 publicierte die Nordostbahn, was folgt:

„Auf Viehsendungen ab den Stationen Constanz bis Rorschach und Staad bis Altstätten nach der Station Basel via Winterthur-Niederglatt oder Zürich-Brugg, welche auf der Bötzbergerbahn mit Personenzügen Beförderung finden, wird von jetzt an in Abweichung von einem früher eingeführten Verfahren für die betreffenden Strecken der Bötzbergerbahn der reglementarische Taxzuschlag von 40% berechnet."

Nach Erlass dieser Publication effectuierten die Beklagten, Gebr. Götschel, von der Station St. Margarethen via Winterthur-Bötzberg mehrere Viehsendungen nach Basel, welche von Brugg aus mit dem Personenzug befördert und von den Beklagten sofort in Empfang genommen wurden. Die tarifmässige Zuschlagstaxe beträgt Fr. 155. 05, welche die Bahn einklagt, da Beklagte deren Zahlung verweigert haben. Letztere wenden ein, die Frachtbriefe enthielten nichts von dieser Taxe, sie sei auch nicht zum Voraus bezogen noch ihnen von der Aufgabestation hievon Kenntniss gegeben worden, hauptsächlich aber sei die vorliegende Tarifänderung nicht 14 Tage vor ihrem Inkrafttreten gemäss § 35 Abs. 5 des Eisenbahngesetzes v. 23. Dec. 1872 publiciert worden. Gegen die erstern Einwendungen hob Klägerin hervor, dass die Tarife auf der Aufgabestation St. Margarethen auflägen und dass Vorausbezug der Taxe unmöglich gewesen sei, da man in St. Margarethen noch nicht gewusst habe, ob das Vieh von Brugg aus mit einem Personenzug befördert würde; gegen die letztere, die Frist von 14 Tagen sei nicht nothwendig gewesen, weil es sich nicht um einen neuen Tarif gehandelt habe, sondern um Neuanwendung eines schon längst bestehenden, in letzter Zeit nur nicht voll gehandhabten.

Das Civilgericht hielt die Berufung der Beklagten auf § 35 Abs. 5 des Gesetzes v. 1872 für begründet und wies die Klägerin ab, soweit die Sendungen innerhalb der ersten 14 Tage seit der Publication (3. Juli) waren effectuiert worden.

Motive: Nach Art. 35 lit. 5 des Eisenbahngesetzes vom 23. Dezember 1872 soll jede Aenderung am Tarif oder an Transportreglementen gehörige Veröffentlichung bekommen, erstere in der Regel mindestens 14 Tage vor ihrem Inkrafttreten. Es ist nun allerdings richtig, dass die eingeklagte Zuschlagstaxe durch den längst in Kraft bestehenden Tarif gestattet ist, so dass ihr Bezug erfolgen kann, ohne dass eine eigentliche Tarifänderung vorausgehen musste. In Wirklichkeit aber und in ihrer Wirkung gegenüber Dritten entspricht die im Bundesblatte vom 3. Juli 1886 publicierte Massregel der Klägerin vollständig einer Erhöhung des Tarifs. Der gleiche innere Grund, der eine rechtzeitige Publication einer Tarifänderung verlangt, nämlich der, dass das die Transportanstalt benützende Publicum diese Abänderung bei der Abwicklung seiner Geschäfte rechtzeitig in Rechnung bringen kann, verlangt auch, dass Aenderungen der Taxen, welche sich im Rahmen des bestehenden Tarifes bewegen, rechtzeitig bekannt gegeben werden. Die Klägerin ist daher nicht berechtigt, die Zuschlagstaxe für die Sendungen zu fordern, welche innerhalb der ersten 14 Tage nach dem 3. Juli 1886, Tag der Publication im Bundesblatte, erfolgten. Einzig für die Sendung vom 21. Juli, welche nach Ablauf der 14 Tage stattfand, ist die Taxe berechtigt. Denn die übrigen, von den Beklagten erhobenen Einwendungen entbehren, wie die Klägerin richtig ausgeführt hat, der Begründung.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.[1])

85. *Justiz- oder Administrativsache? Konzessionsgemässe Steuerfreiheit einer Eisenbahngesellschaft; Streit über deren Ausdehnung; rechtliche Natur.*

Zwischen dem Canton Bern und der Emmenthalbahngesellschaft entstand Streit darüber, ob das konzessionsgemässe Steuerprivileg der letztern sich auch auf ihr Verwaltungsgebäude erstrecke. Gestützt auf eine Konzessionsbestimmung, wonach „alle Streitigkeiten zwischen dem Staat und den Konzessionären, welche sich auf die Auslegung der Konzessionsurkunde beziehen, schiedsgerichtlich auszutragen sind", stellte die Eisenbahngesellschaft das Begehren, es sei der Kanton Bern pflichtig zu erklären, bei Bildung eines Schiedsgerichts zur Beurtheilung jener Steuerstreitigkeit mitzuwirken. Der Beklagte wendete u. A. ein, die Streitigkeit sei Administrativsache, worauf das B.-Gericht in seinem die Klage gutheissenden Urtheile erwiderte: Die privatrechtliche Natur der Klage ist nicht zu bezweifeln. Wenn auch die Konzessionen nicht als Verträge betrachtet werden können, sondern sich als hoheitliche Acte qualifiziren, so ist doch durch dieselben, insoweit sie eine Steuerbefreiung des Konzessionärs aussprechen, ein privates Vermögensrecht des Konzessionärs geschaffen worden. Demnach ist natürlich auch ein privates Recht des Konzessionärs darauf begründet, dass Streitigkeiten über die Ausdehnung dieses Privilegs durch das konzessionsmässige Schiedsgericht beurtheilt werden.[2]) (Entsch. vom 23. Octbr. 1886 i. S. Emmenthalbahngesellschaft ca. Kanton Bern.)

---

[1]) Durch eine in der Zeitschrift des Bern. Juristenvereins enthaltene unrichtige Bemerkung sehen wir uns zu der Bemerkung veranlasst, dass die Anmerkungen zu einzelnen in dieser Revue erschienenen bundesgerichtlichen Entscheidungen lediglich von dem Bearbeiter und Einsender herrühren. Die Redaction.

[2]) Vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. VIII. S. 356 und 551 Erw. 1; V. S. 550 und VI. S. 54 f.

86. *Verhältniss des eidg. O.-R. zum kantonalen Recht. Können kantonale Gesetzesbestimmungen, welche an einen gewissen Thatbestand (Nichtnachladung eines Regresspflichtigen im Konkurse des principalen Schuldners) die Verwirkung des Forderungsrechts oder des Klagerechts knüpfen, neben dem eidg. O.-R. noch bestehen?*

A. besass an die Aktiengesellschaft Spinnerei R. eine Forderung, mit welcher er im Konkurse der Gesellschaft gänzlich in Verlust kam. Unter Berufung auf Art. 50 O.-R. belangte er nun die Mitglieder des Verwaltungsrathes dieser Gesellschaft auf Schadenersatz. Das kantonale Gericht wies die Klage ab, gestützt auf Art. 5 des luzernischen Konkursgesetzes, welches lautet: „Hat Jemand für seine . . . An„sprache einen oder mehrere Bürgen oder glaubt er gegen „einen Drittmann Regress zu nehmen, so ist er gehalten, „einen jeden solchen, den er der an Konkurs gerathenen „Ansprache wegen belangen zu können glaubt, rechtlich mit „an den Konkurs zu laden . . . . Falls die vorbenannten „Verpflichteten nicht am Konkurs oder zur Mittheilnahme „an der Masse, bevor hierüber irgend eine Verfügung ge„troffen worden ist, geladen worden wären, so erlöscht gegen „diese das Recht der Klage für allfällige Bürg- oder ander„weitige Nachwährschaft." Der Kläger hielt dafür, diese luzernische Gesetzesbestimmung sei durch das eidg. O.-R. aufgehoben, und das Bundesgericht stimmte ihm bei; Gründe: Die Entscheidung hängt davon ab, ob die Norm des Art. 5 prozess-, resp. konkursrechtlicher Natur ist, oder aber als materiell privatrechtliche Norm eine Materie betrifft, welche durch das eidg. O.-R. geordnet ist. Ist letzteres der Fall, so ist diese Vorschrift für Forderungen, die nach eidg. O.-R. sich beurtheilen, ihrem ganzen Umfange nach aufgehoben und nicht nur insoweit, als sie mit einer besondern ausdrücklichen Bestimmung des eidg. O.-R. (dem Art. 510 O.-R.) in Widerspruch steht. Denn für diejenigen Rechtsgebiete, welche die eidgenössische Kodifikation normirt, gilt, sofern kantonales Recht nicht besonders, ausdrücklich oder stillschweigend, vorbehalten ist, ausschliesslich und nicht nur insoweit, als das Bundesgesetz einzelne Punkte speziell und ausdrücklich regelt, eidgenössisches und gar nicht mehr kantonales Recht (s. Hafner, Einl. S. XXI ff.). Zweifellos ist nun gewiss, dass das eidg. O.-R. die Erlöschungsgründe der bundesrechtlich geordneten Obligationen im allgemeinen erschöpfend normiren will und dass es den Kantonen nicht freisteht, daneben kantonalgesetzlich noch andere Erlöschungs-

gründe einzuführen oder beizubehalten. Eine Ausnahme hievon gilt nur insoweit, als entweder das Bundesgesetz das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält (wie z. B. in Art. 161 O.-R. rücksichtlich des Erlöschens von Forderungen wegen unterlassener Anmeldung bei öffentlicher Auskündigung, speziell im Konkurse), oder die Geltung des kantonalen Rechtes stillschweigend dadurch vorbehalten ist, dass die Bundesgesetzgebung unterlassen hat, bestimmte Materien zu regeln (z. B. die Einwirkung gewisser prozessualer Vorgänge auf das materielle Recht). Selbstverständlich ist dabei, dass, sofern hienach die Kantonalgesetzgebung an einen gewissen Thatbestand die Erlöschung des Forderungsrechtes selbst nicht knüpfen darf, sie auch nicht befugt ist, mit derselben die Verwirkung des praktisch bedeutsamsten Ausflusses des Forderungsrechtes, des Klagerechtes, eintreten zu lassen. Ein ausdrücklicher Vorbehalt des kantonalen Rechts liegt in der hier fraglichen Richtung nicht vor; ebensowenig betrifft Art. 5 des luz. Konkursgesetzes eine Materie, welche kantonalrechtlicher Regelung stillschweigend vorbehalten wäre. Derselbe regelt die Wirkungen, welche der Konkursausbruch über den (Haupt-) Schuldner für das Rechtsverhältniss des Gläubigers zu Bürgen oder sonstigen Gewährsträgern hat; er legt u. A. dem Gläubiger die Pflicht auf, den Gewährsträger zum Konkurse nachzuladen, und knüpft an deren Versäumung die Rechtsfolge der Verwirkung des Klagerechts. Diese Rechtssätze betreffen das Privat- und nicht das Konkurs- oder Prozessrecht. Die Pflichten, welche dem Gläubiger mit dem Konkursausbruche über den Hauptschuldner gegenüber Dritten (Bürgen etc.) entstehen, sind grundsätzlich Wirkungen des zwischen dem Gläubiger und den Dritten bestehenden Rechtsverhältnisses und gehören als solche, ebenso wie die Folgen, welche an deren Versäumniss sich knüpfen, durchaus dem Privat- und nicht dem Prozess- oder Konkursrechte an. Dass dies die Auffassung des eidg. Gesetzgebers ist, folgt unzweideutig daraus, dass er den wichtigsten der hieher gehörigen Fälle, denjenigen der Bürgschaft, in Art. 510 O.-R. (und zwar in einer von der Bestimmung des luzernischen Konkursgesetzes abweichenden Weise) ausdrücklich geregelt und nicht der Ordnung durch die kantonalen Konkursgesetze überlassen hat. Das O.-R. normirt ja auch sogar in zahlreichen Bestimmungen, inwiefern der Konkurs Beendigungsgrund einzelner Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners (z. B. der Miethe, Pacht, Gesellschaft u. s. w.) sei, wo doch viel eher als in dem vorliegenden Falle sich sagen liesse,

dass es sich um eine, der Regelung durch die Konkursgesetze vorzubehaltende spezifische Wirkung des Konkurses handle. Es ist somit die Frage, inwiefern der Gläubiger Dritten gegenüber verpflichtet sei, dieselben zum Konkurse seines Schuldners nachzuladen u. drgl., und welche Folgen eine Unterlassung nach sich ziehe, für alle überhaupt dem eidg. O.-R. unterstehenden Rechtsverhältnisse nach eidgenössischem und nicht nach kantonalem Recht zu beurtheilen. (Entsch. v. 1. Mai 1887 i. S. Arlès-Dufour ca. Schumacher.)

---

87. *Art. 199 ff., 203 O.-R. Uebergang des Eigenthums an Mobilien. Erfordernisse des Besitzerwerbs, speziell durch Stellvertreter. Sendung der veräusserten Sache an einen Abwesenden durch eine Mittelsperson (Frachtführer, Spediteur); wann geht der Besitz und das Eigenthum an den Adressaten über?*

H., Pächter der Spinnerei Ibach, Ct. Schwyz, hatte durch Vermittlung ihres Agenten B. in Zürich bei B. & Cie. 100 Ballen Baumwolle gekauft, welche zur Verschiffung nach Bremen oder Antwerpen gelangen und dort bis zur Ablieferung an H. im Kontinentalhafen eingelagert werden sollten. Lagerspesen, Feuerassecuranz etc. waren von H. zu tragen, die Fakturirung hatte bei der Lieferung aus dem Kontinentalhafen zu geschehen. Nachdem die Waare in Antwerpen angelangt und dort auf Rechnung des Bestellers, aber auf den Namen des Versenders eingelagert worden war, beauftragte H. die Spediteure S. & Cie. in Basel, von derselben vorläufig die Hälfte „für ihn zu beziehen" und nach Schwyz zu instradiren. Einige Tage später schrieb H. jedoch an den Agenten B., er bitte die Bezüge von B. & Cie. und deren Fakturirung noch einige Zeit hinauszuschieben. Hievon gab H. auch den Spediteuren Kenntniss. Der Agent B. erwiderte, dass B. & Cie. dem Wunsche ohne Zweifel entsprechen werden; die unterwegs befindliche Waare lasse er nach Zürich dirigiren und im dortigen Lagerhaus zur Verfügung von B. & Cie. auf Kosten des H. einlagern, bis letzterer deren Ablieferung wünsche. In gleichem Sinne schrieb B. auch an die Spediteure. Allein die Waare war unterdess bereits in Schwyz angekommen und 11 Ballen von den dortigen Angestellten des H. verwendet worden, bevor der Befehl H., die Waare unberührt zu lassen, dort ankam. H. theilte dem Agenten B. mit, dass er die 39 Ballen in den Magazinen der Spinnerei Schwyz zur Verfügung des B. resp. von B. & Cie. stelle, bis er zu deren Verwendung Veranlassung finde, und wies auch seine Angestellten an, die 39 Ballen komplet zu erhalten, weil dieselben zurück-

zugeben seien. Er stellte auch die Transportpapiere an B. zurück, welcher von den Mittheilungen des H. Vormerk nahm und B. & Cie. Kenntniss gab. Kurze Zeit nachher brach über H. Konkurs aus. B. & Cie. vindizirten die 39 Ballen Baumwolle. Ihre Ansprache wurde aber abgewiesen vom B.-Gerichte aus folgenden Gründen: Gemäss Art. 199 O.-R. ist zum (vertraglichen) Eigenthumserwerbe an beweglichen Sachen Besitzübergabe erforderlich. Es ist nun jedenfalls zum Mindesten zweifelhaft, ob, falls der Verkäufer nicht bereits früher Besitz von der streitigen Waare erworben hatte, derselbe ihm (wie der Vorderrichter annimmt) durch die Annahme und theilweise Verwendung der Waare seitens der Angestellten des Fabriketablissements in I. erworben wurde. Denn zum Besitzerwerbe ist nach feststehendem Rechtsgrundsatz nicht nur der Erwerb der faktischen Herrschaft über die Sache, sondern auch der entsprechende Wille erforderlich; speziell zum Besitzerwerbe durch Stellvertreter ist nicht nur der Wille des Vertreters, für den Principal zu erwerben, sondern auch der Besitzwille des letzteren, welcher allerdings auch in einem allgemeinen Auftrage an den Stellvertreter geäussert werden kann, erforderlich. Nun ist unzweifelhaft, dass H. den Besitz an der streitigen Waare zur Zeit ihrer Ankunft in Schwyz nicht erwerben wollte — derselbe hat gegenüber dem Agenten des Verkäufers seinen gegentheiligen Willen, dass die Spedition einstweilen nicht erfolgen solle, ausdrücklich erklärt. Bei dieser Sachlage ist mindestens zweifelhaft, ob durch die auf einem Versehen beruhende Handlungsweise der Angestellten im Fabriketablissement in I. Besitz für H. erworben werden konnte, und zwar selbst dann, wenn der betreffende Angestellte im Allgemeinen ermächtigt war, für den Fabrikherrn ohne weitern speziellen Auftrag Besitz von den nach Schwyz gelangenden bestellten Waaren zu ergreifen.[1])

Allein es muss angenommen werden, dass H. bereits vor Ankunft der Waare in Schwyz und vor seiner Erklärung, dass er die Waare einstweilen zur Disposition stelle, Eigenthum an derselben erworben habe. Die Besitzübergabe ist freilich nicht durch die Einlagerung der Waare im Kontinentalhafen von Antwerpen geschehen; denn, wenn diese auch auf Rechnung des H. geschah, so erlangte letzterer dadurch doch die faktische Herrschaft über die Waare nicht, sondern

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. I, S. 408 ff., bes. S. 411 litt. c.; Randa, Besitz (2. Aufl.) S. 411 ff.; Exner, Tradition S. 128 f.

es verblieb die Verfügungsgewalt dem Verkäufer, auf dessen Namen die Waare eingelagert wurde. Dagegen ist dem H. Besitz und Eigenthum dadurch erworben worden, dass die Waare mit dem Willen des Verkäufers dem Spediteur des H., S. & Cie., ausgehändigt und von demselben für den Käufer in Empfang genommen wurde. Zwar ist im Allgemeinen die Zwischenperson für den Transport (Frachtführer oder Spediteur), selbst wenn sie dem Versender vom Adressaten bezeichnet worden ist, nicht ohne Weiteres als Stellvertreter des letzteren im Besitzerwerbe zu betrachten (s. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes Bd. I., 2. Abth., S. 633).[1]) Allein im vorliegenden Falle ist nach Inhalt des Schreibens des H. an S. & Cie. anzunehmen, dass der Spediteur allerdings den Auftrag hatte, die Waare für den H. in Antwerpen entgegenzunehmen, derselbe war, so viel aus den Akten ersichtlich, ausschliesslich von H. beauftragt, und daher auch rechtlich der Verfügung desselben unterworfen, so dass die Disposition über die rollende Waare dem Käufer zustand. (Entsch. v. 15. Jan. 1887 i. S. Blessig, Braun & Cie. ca. Fierz.)

---

88. *Art. 246 ff. O.-R. Stellen gekaufter Waaren zur Disposition in Verbindung mit Ausgleichspropositionen. Darf der Käufer nachträglich seinen Entschluss ändern und die Waare unter den ursprünglichen Bedingungen behalten?*

In der mit einer Mängelrüge verbundenen einfachen Erklärung des Käufers, die Waare werde als nicht empfangbar zur Disposition gestellt, liegt an sich ein Antrag (auf Abschluss eines liberatorischen, den ursprünglichen Kauf auflösenden Vertrages) nicht, da sie der für einen solchen Antrag nöthigen Bestimmtheit ermangelt, indem sie nicht besagt, gegen welche Zusagen oder Leistungen des Verkäufers sich der Käufer wegen der Mangelhaftigkeit der Lieferung zufrieden stellen wolle. Die einfache Erklärung der Nichtempfangbarkeit und Dispositionsstellung der Waare qualifizirt sich lediglich als einseitige Rechtshandlung des Käufers, dazu bestimmt zu deklariren, dass die geschehene Leistung nicht als vertragsmässige Erfüllung anerkannt und angenommen werde. Dagegen ist allerdings möglich und kommt häufig vor, dass mit der Erklärung der Dispositionsstellung zugleich

---

[1]) Vgl. auch Randa, Eigenthumsrecht Bd. I, S. 294 f., N. 27 und die daselbst angeführte Literatur. Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I (4. Aufl.), S. 605 f. § 239, und Pandekten Bd. I, S. 486, § 214; Ulmer, Kommentar zum zürch. priv. Gesb. Nr. 931, 941—943, 2964 und 3352.

eine Vertragsofferte, eine Ausgleichsproposition (z. B. der Vorschlag, den Kauf überhaupt mit oder ohne Entschädigung des Käufers aufzulösen) gemacht wird. Liegt eine solche mit der Dispositionsstellung verbundene Vertragsofferte vor, so untersteht dieselbe in allen Richtungen den allgemeinen Regeln über Antrag und Annahme.

Durch die Genehmigung einer einfachen Dispositionsstellung des Käufers seitens des Verkäufers wird der Käufer jedenfalls dann nicht gehindert, seinen Entschluss nachträglich zu ändern und die Waare unter den ursprünglichen Kaufsbedingungen zu behalten, wenn die Dispositionsstellung vom Verkäufer nicht genau so genehmigt wird, wie sie vom Käufer ausgesprochen wurde; vgl. Hanausek, Haftung des Verkäufers Bd. II, S. 90 ff. (Entsch. v. 16. April 1887 i. S. Kammgarnspinnerei Schaffhausen c. de Werth.)

---

89. *Art. 722 Ziff. 2 und Art. 725 Abs. 1 O.-R. Haft des Indossanten aus dem Indossament eines Wechsels, in welchem zur Zeit der Indossirung die für Angabe der Wechselsumme in Buchstaben bestimmte Stelle noch unausgefüllt war. Unerheblichkeit der Angabe der Wechselsumme in Ziffern; Aenderung der letzteren nach der Indossirung; vertragswidrige Ausfüllung des Wechsels hinsichtlich der Wechselsumme durch den Remittenten.*

Dem A. wurden von R. aus Gefälligkeit Eigenwechselformulare in blanco unterzeichnet. A. füllte dieselben mit einem Eigenwechsel zu seinen Gunsten aus, nur liess er die Stelle für Angabe der Wechselsumme im Kontexte offen, während er rechts oben über dem Kontexte in Ziffern eine Zahl hinsetzte. Dann setzte er auf die Rückseite sein eigenes Blankoindossament und verschaffte sich auch die Blankoindossamente der Beklagten. Hierauf veränderte er die Zahl durch Beifügung einer Null, und schrieb mit Buchstaben in den Kontext des Wechsels als Wechselsumme diesen (verzehnfachten) Betrag und gab die Wechsel in dieser Beschaffenheit einem Dritten. A. wurde desshalb wegen Betrugs bestraft und die Beklagten verweigerten, als sie im Regresswege auf Bezahlung belangt wurden, die Einlösung. Sie wurden aber von allen Instanzen verurtheilt, vom Bundesgericht aus folgenden Gründen:

Die Bestimmung des Art. 725 Abs. 1 O.-R., wonach aus einer Schrift, welcher eines der wesentlichen Erfordernisse eines Wechsels fehlt, keine wechselmässige Verbindlichkeit entsteht, schliesst nicht aus, dass Wechselverpflichtungen gültig in der Art zu Stande kommen können, dass Wechselerklärungen

(Akzept und Indossament ebenso wie die Wechselunterschrift des Ausstellers) auf einen noch unfertigen (überhaupt noch nicht oder nicht in allen seinen wesentlichen Bestandtheilen ausgefüllten) Wechsel gesetzt werden. Die Verwendung von Blanketten bei Unterzeichnung und Begebung von Wechseln ist vielmehr durchaus statthaft und ein in dieser Art zu Stande gekommener Wechsel ist gültig, sofern derselbe nur vor seiner Geltendmachung durch gehörige Ausfüllung der wesentlichen Bestandtheile aus einem unfertigen zu einem fertigen Wechsel umgestaltet worden ist. Dies ist in Theorie und Praxis des Wechselrechtes heute wohl nahezu einstimmig anerkannt und folgt daraus, dass das Gesetz eine bestimmte Reihenfolge, in welcher die verschiedenen Wechselerklärungen und Bestandtheile auf das Wechselpapier zu setzen sind, nicht vorschreibt. Art. 725 Abs. 1 trifft blos den Fall, dass ein Wechsel, welchem ein gesetzliches Erforderniss mangelt und welcher daher ein unvollständiger ist, als fertiger Wechsel begeben worden ist oder geltend gemacht wird. Die Beklagten können also desshalb allein, weil zur Zeit der Indossirung die gesetzlich erforderliche Angabe der Wechselsumme in Buchstaben im Kontexte der Klagewechsel fehlte, ihre wechselmässige Haftung nicht bestreiten.

Sie stützen sich auch weniger darauf, als vielmehr auf die Behauptung, dass sie überhaupt nicht (mit Rücksicht auf die Wechselsumme unausgefüllte) Blankette, sondern vollständige Wechsel, lautend auf die rechts oben über dem Kontexte in Ziffern angegebenen Summen, haben unterzeichnen wollen. Allein auch diese Einwendung geht fehl. Die Notiz über die Höhe der Wechselsumme, wie sie in Ziffern über dem Wechselkontexte zu stehen pflegt, ist wechselrechtlich gemäss Art. 725 Abs. 1 O.-R. irrelevant; die wechselrechtlich bedeutsame Angabe der Wechselsumme ist einzig die im Kontexte enthaltene, in Buchstaben geschriebene. Ein Wechsel, in welchem die Stelle für letztere Summenangabe offen gelassen ist, qualifizirt sich daher nicht als vollständiger sondern als unfertiger Wechsel als (rücksichtlich der Wechselsumme unausgefülltes) Blankett. Wer im Vertrauen auf den Wechselnehmer einen derart unfertigen Wechsel unterzeichnet und begibt, räumt damit dem Nehmer das Recht ein, den Wechsel rücksichtlich der Summen auszufüllen, und muss diejenige Summe als Wechselsumme gegen sich gelten lassen, auf welche der Nehmer den Wechsel ausgefüllt hat. Beredungen darüber, in welcher Art und Weise bezw. auf welche Summe der Nehmer den Wechsel auszufüllen habe,

sind allerdings zwischen den Parteien vollständig gültig und wirksam; sie verbinden den Nehmer und begründen im Falle des Zuwiderhandelns ihm gegenüber Klage und Einrede. Dagegen affiziren dieselben das Recht aus dem Wechsel an sich nicht und begründen daher (im Falle vertragswidriger Ausfüllung des Blanketts) nicht jedem Wechselinhaber gegenüber eine Einrede; denn trotz solcher Abreden bleibt immerhin bestehen, dass der Geber des Blanketts dem Nehmer die Ausfüllung des Wechsels überlassen und ihm damit eine nach aussen (gegenüber Dritten) unbeschränkbare, weil in keiner im Wechselverkehr erkennbaren Weise beschränkte, Vollmacht ertheilt hat. Nur dann, wenn der dritte Wechselerwerber an der vertragswidrigen Handlungsweise des ersten Nehmers des Blanketts Theil nahm oder dieselbe doch beim Erwerbe des Wechsels kannte, wird dessen Forderung durch die Einrede der Arglist zurückgeschlagen. Diese Grundsätze sind, wie sie den Bedürfnissen des Wechselverkehrs entsprechen, auch in Theorie und Praxis des Wechselrechts weitaus überwiegend anerkannt (vgl. z. B, Thöl, Wechselrecht, 4. Aufl. § 34 und § 182; Lehmann, Lehrb. des Wechselrechts § 108 und die dort citirten Erkenntnisse). (Entsch. v. 2. Mai 1887 i. S. Schäfer und Cons. c. Hohl.)

---

**90.** *Art. 4 B.-V., Art. 35 O.-R. Weibliche Advokaten; entscheidet das kantonale Recht darüber, ob Frauenspersonen zur Vertretung Dritter vor den Gerichten zuzulassen seien, oder folgt ein solches Recht der Frauenspersonen aus dem eidg. Rechte, insbes. der verfassungsmässigen Rechtsgleichheit?*

Die Normen darüber, wer zur Vertretung Dritter vor den (kantonalen) Gerichten befähigt sei, gehören nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Rechte an und fallen daher nicht in den Bereich der Bundesgesetze betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit und betreffend das Obligationenrecht. Vorbehältlich der Bestimmungen über die Vertretung der Parteien vor den eidg. Gerichtsinstanzen und innerhalb der durch die Bundesverfassung gezogenen Schranken (vgl. Art. 33 B.-V. und Art. 5 der Uebergangsbestimmungen zu derselben) steht die Aufstellung von Vorschriften über die Berechtigung zur Parteivertretung vor Gericht, bezw. über die Ausübung der Advokatur, den Kantonen zu, da diese Materie eben dem bekanntlich im Wesentlichen kantonaler Regelung überlassenen Gerichtsverfassungs- und Prozessrechte angehört. Aus Art. 4 B.-V. folgt die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete der gesammten

öffentlichen und Privatrechte nicht. Eine kantonalgesetzliche Bestimmung, welche die Frauen von der Parteivertretung vor Gericht ausschliesst, kann nicht als im Widerspruch mit Art. 4 cit. erachtet werden. (Entsch. v. 29. Januar 1887 i. S. Frau Kempin.)

---

91. *Art. 54 Abs. 5 B.-V. Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe der Eltern. Können Kinder, welche von einer Ehefrau im Ehebruch erzeugt, jedoch auf den Namen des (ersten) Ehemannes derselben im Civilstandsregister eingetragen sind, durch die nachfolgende Ehe der Mutter mit dem natürlichen Vater legitimirt werden? Anfechtung der Abstammung vom frühern Ehemann der Mutter durch das Kind, massgebendes Recht.*

Art. 54 Abs. 5 B.-V. hat nur uneheliche Kinder im Auge, da Niemand das eheliche Kind verschiedener Eltern (Väter) sein kann. Ein von einer zum zweiten Mal verehelichten Frauensperson während der Dauer ihrer ersten Ehe (wenn auch nach mehrjähriger Abwesenheit des Mannes) geborenes und gemäss der Rechtsvermuthung: pater est quem nuptiæ demonstrant, auf den Namen des ersten Ehemannes im Civilstandsregister eingetragenes Kind kann daher, auch wenn der spätere Ehemann der Mutter dasselbe in Uebereinstimmung mit der letzteren als das seinige anerkennt, gegenüber diesem Ehepaar den Stand eines ehelichen Kindes gestützt auf jene Verfassungsbestimmung so lange nicht beanspruchen, als nicht seine Unehelichkeit gegenüber dem frühern Ehemanne seiner Mutter gerichtlich ausgesprochen worden ist. Ob das Kind selbst die Abstammung vom frühern Ehemann seiner Mutter anfechten und auf Aberkennung des ehelichen Standes gegenüber demselben klagen kann, richtet sich ausschliesslich nach kantonalem Recht. (Entsch. v. 25. Februar 1887 i. S. Wuillens c. Wuillens und Eheleute Maget.)[1])

---

92. *Art. 46 lit. c des B.-Ges. über Civilstand und Ehe; Verurtheilung eines Ehegatten zu entehrender Strafe. Kann auf diesen Scheidungsgrund gültig verzichtet werden?*

F. war im Jahre 1880 wegen Diebstahls zu 2½ Jahren Zuchthausstrafe verurtheilt worden. Dessen Ehefrau bemühte sich um seine Entlassung aus dem Zuchthause und lebte mit ihm nachher ohne allen Vorbehalt in ehelicher Gemeinschaft.

---

[1]) Vgl. auch A. S. d. b.-g. Entsch. VI. S. 660; III. S. 204 u. IX. S. 192.

Das kantonale Gericht fand hierin einen Verzicht auf den Scheidungsgrund des Art. 46 lit. c B.-Ges. über Civilstand und Ehe und das B.-Gericht bestätigte diesen Entscheid, indem es bemerkte: Diese Entscheidung beruht auf richtiger Anwendung des Gesetzes. Das Benehmen der Ehefrau F. lässt keine andere Auslegung zu, als die, dass sie ihrem Ehemanne verziehen und auf ein Scheidungsbegehren wegen der fraglichen Verurtheilung verzichtet habe. Ein solcher Verzicht auf ein Scheidungsbegehren wegen Verurtheilung zu entehrender Strafe ist für den verzichtenden Theil verbindlich. Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass in diesem Falle der Scheidungsanspruch der Disposition der berechtigten Partei derart entzogen wäre, dass auf denselben nicht verbindlich verzichtet werden könnte. (Entsch. v. 12. März 1887 i. S. Eheleute Flückiger.)

---

93. *Art. 2—4 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Auslegung des Art. 4. Mitverschulden des Beschädigten und der Transportanstalt; Folgen bezüglich der Haftpflicht der letztern.*

M. war bei den Bahnunterhaltungsarbeiten der aarg.-luz. Seethalbahn beschäftigt. Uebungsgemäss wurde sein Mittagessen in B., wo er wohnte, von dem Personal eines Eisenbahnzuges in Empfang genommen und bis zu der der Arbeitsstätte zunächst gelegenen Station befördert. Eines Tags, als der Zug an der Arbeitsstätte vorbeifuhr, rief der Maschinenführer dem M. zu, sein Mittagessen befinde sich im Packwagen, er solle es holen. Der Kläger sprang hierauf dem, wegen des Zustandes der Linie sehr langsam fahrenden, Zuge nach, schwang sich auf die Treppe des Gepäckwagens und sprang nachher wieder rückwärts hinunter, wobei er zu Boden fiel, vom Zuge überfahren und schwer verletzt wurde. Die auf Schadenersatz belangte Eisenbahngesellschaft wendete ein:

a. Kläger habe sich mit wissentlicher Uebertretung polizeilicher Vorschriften mit der Transportanstalt in Berührung gebracht, so dass die Haftpflicht nach Art 4 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes cessire, und
b. M. habe den Unfall unmittelbar selbst verschuldet.

Das B.-Gericht erklärte die erste Einrede als unbegründet, fand dagegen, es liege Mitverschulden des M. und der Transportanstalt vor, und hiess die Klage theilweise gut.

Gründe: Die Vorschrift des Art. 4 cit. ist bestimmt, die in Auslegung des deutschen Reichshaftpflichtgesetzes ent-

standene Controverse zu entscheiden, ob die Transportanstalt dann verantwortlich sei, wenn der Beschädigte zwar den Unfall selbst (die Körperverletzung oder Tödtung) nicht verschuldet, wohl aber sich in rechtswidriger Weise mit dem Eisenbahnbau oder Betrieb in Berührung gebracht und dadurch das Eintreten des (unmittelbar von ihm nicht verschuldeten) Unfalles ermöglicht hat (z. B. wenn der Beschädigte in rechtswidriger Weise das Bahngebiet betreten hat und dann dort infolge einer [zufälligen] Explosion oder Entgleisung verletzt wurde). Art. 4 löst diese Frage grundsätzlich dahin, dass die Haftpflicht der Transportanstalt nur dann wegfalle, wenn den Beschädigten der Vorwurf bewusster absichtlicher Rechtswidrigkeit trifft[1]). Diese Bestimmung bezieht sich aber nicht auf Fälle, wo die Körperverletzung oder Tödtung selbst durch eine schuldhafte Handlung des Beschädigten herbeigeführt wurde. Besteht vielmehr zwischen einem schuldhaften Thun des Beschädigten und dem Unfalle ein unmittelbarer kausaler Zusammenhang, so wird die Transportanstalt auch dann befreit, wenn dem Beschädigten nicht absichtliche Rechtswidrigkeit, sondern nur Fahrlässigkeit zur Last fällt. Nun behauptet im vorliegenden Falle die Beklagte, diejenigen Thatsachen, durch welche der Unfall unmittelbar herbeigeführt wurde, das Aufsteigen auf einen in Bewegung befindlichen Zug und das nachherige Abspringen von demselben, seien dem Beklagten zum Verschulden anzurechnen. Der Einrede aus Art. 4 des Haftpflichtgesetzes kommt daher eine selbständige Bedeutung nicht zu, sondern es ist lediglich zu untersuchen, ob der Unfall ausschliesslich oder theilweise auf ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden des Verletzten zurückzuführen sei. In dieser Richtung ist nun zuzugeben, dass der Kläger, indem er auf den in Bewegung befindlichen Zug auf- und wieder von demselben absprang, allerdings unvorsichtig gehandelt hat. Allein diese unvorsichtige Handlungsweise ist nicht ausschliesslich dem Kläger, sondern mindestens in gleichem, ja in überwiegendem Masse auch dem Maschinenführer der Beklagten zum Verschulden anzurechnen. Einzig die Aufforderung des letztern, das Mittagessen im Packwagen zu holen, hat offenbar den Kläger zu seiner Handlungsweise veranlasst; er fasste diese Aufforderung als eine Erlaubniss auf, so zu handeln, wie er es gethan hat, und wenn dies allerdings, angesichts der bekannten Gefährlichkeit des Auf- und insbesondere des Abspringens bei, wenn auch nur langsamer, Bewegung eines

[1]) Vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. IX. S. 185.

Eisenbahnzuges einen Mangel an Vorsicht und Umsicht des Klägers erkennen lässt, so kann doch anderseits bei dieser Sachlage gewiss nicht gesagt werden, dass der Kläger bewusst rechtswidrig gehandelt habe, oder dass sein Thun ausschliesslich ihm und nicht auch dem Maschinenführer, der dasselbe muthwilliger Weise veranlasst hat, zum Verschulden anzurechnen sei. Für das Verschulden des Maschinenführers aber hat die Transportanstalt gemäss Art. 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes einzustehen. Dass der Maschinist in casu nicht in dienstlicher Stellung gehandelt habe, ist nicht richtig, that derselbe doch seine fragliche muthwillige Aeusserung während der Ausübung seiner dienstlichen Funktionen und mit Beziehung auf einen von der Beklagten übernommenen Transport. Liegt aber ein konkurrirendes Verschulden des Verletzten und der Transportanstalt vor, so hat, wie das Bundesgericht bereits wiederholt entschieden hat[1]), eine verhältnissmässige Theilung des Schadens stattzufinden. Diese Entscheidung entspricht, wenn sie auch im Eisenbahnhaftpflichtgesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, doch dem Sinn und Geist dieses Gesetzes und der eidgenössischen Gesetzgebung überhaupt, wie sich dies aus den einschlägigen Bestimmungen sowohl des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 (Art. 5 litt. b) als des O.-R. (Art. 51 Abs. 2) ergiebt. (Entsch. v. März 1887 i. S. Merz c. Aarg.-luz. Seethalbahn.)

---

94. *Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Feststellung der strafbaren Handlung des Fabrikbesitzers als Ursache des Unfalls durch den Civilrichter. Unerheblichkeit des Strafurtheils, durch welches der Fabrikbesitzer lediglich einer Uebertretung des Fabrikgesetzes schuldig erklärt worden ist. Erforderniss, dass der Unfall dem Fabrikbesitzer selbst zum strafrechtlichen Verschulden zuzurechnen ist.*

Der noch nicht einmal 16 Jahre alte Kläger D., Arbeiter in der Papierfabrik Ch., verunglückte, als er in gesetzwidriger Weise nach eilfstündiger Tagesarbeit noch zur Nachtarbeit verwendet worden war. Sowohl wegen dieser Uebertretung des Art. 16 Abs. 3 des Fabrikgesetzes als weil der Fabrikbesitzer noch einige andere Personen unter 18 Jahren zu Ueberzeit- und Nachtarbeit verwendet hatte, wurde derselbe vom Strafgericht Zug „der Uebertretung des Fabrik-

[1]) Vgl. diese Revue II. S. 8 N° 14.

gesetzes schuldig" erklärt und zu einer Geldbusse von Fr. 40 verurtheilt. Kläger formulirte nun seine Entschädigungsforderung beim Civilrichter in der Weise, dass er unter Berufung auf das oben erwähnte Urtheil darauf abstellte, der Unfall sei durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Beklagten herbeigeführt worden (Art. 6 Al. 3 Fabrikhaftpflichtgesetz). Das Bundesgericht fand zwar bei eigener Prüfung, der Unfall sei dem Fabrikherrn selbst zum Verschulden anzurechnen und es liege der Thatbestand strafbarer fahrlässiger Körperverletzung vor, weil angenommen werden dürfe, es sei der Unfall durch die gesetzwidrige Ueberanstrengung des Klägers herbeigeführt worden, und Beklagter nicht eingewendet habe, dass die gesetzwidrige Verwendung des Klägers zu seiner Arbeit ihm nicht persönlich[1]) zum Verschulden angerechnet werden könne, und sprach dem Kläger eine Entschädigung von 9000 Fr. zu; dagegen erklärte es die Berufung auf das Zuger Strafurtheil als unbegründet; Motive: Für das Ausmass der Entschädigung ist von wesentlicher Bedeutung, ob der Unfall durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Betriebsunternehmers herbeigeführt wurde, so dass das nach Art. 6 Abs. 3 des eidg. Fabrikhaftpflichtgesetzes festgesetzte Entschädigungsmaximum wegfällt. Die Berufung auf das Urtheil des Strafgerichtes Zug ist nun jedenfalls unrichtig. Dieses Urtheil stellt in keiner Weise fest, dass der Unfall, d. h. die Körperverletzung des Klägers, durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des beklagten Fabrikherrn herbeigeführt worden sei, sondern es belegt den Letztern lediglich wegen mehrfacher Uebertretung der Vorschriften des eidg. Fabrikgesetzes über Verwendung jugendlicher Arbeiter mit Busse, ohne irgendwie auszusprechen, dass der Unfall durch strafbares Verschulden des Beklagten verursacht sei. Damit das Entschädigungsmaximum wegfalle, muss aber der kausale Zusammenhang zwischen Unfall und strafrechtlichem Verschulden des Fabrikherrn gegeben und somit der Thatbestand, welcher den civilen Entschädigungsanspruch des Verletzten begründet, gleichzeitig auch Thatbestand einer strafrechtlich verfolgbaren Handlung des Fabrikherrn sein. (Entsch. v. 11. März 1887 i. S. Digel c. Vogel.[2])

---

[1]) Allerdings hatte Kläger eine persönliche Verschuldung des Beklagten auch nicht behauptet.

[2]) Siehe oben S. 22 Nr. 16.

95. *Art. 2 und 3 des B.-Ges. über das Rechnungswesen der Eisenbahnen. Dürfen unentgeltliche Erwerbungen der Eisenbahngesellschaften in die Bilanz aufgenommen werden?*

Subventionen, welche weder einen Anspruch auf Dividende noch auf Rückzahlung haben, wozu auch Schenkungen von Grundstücken gehören, dürfen in die Bilanz der Eisenbahngesellschaften nicht eingestellt werden, sondern müssen vom Baukonto abgezogen resp. aus demselben entfernt werden. Die Ausgleichung der durch Aufnahme der Subventionen unter die Baukosten (Aktiven) bewirkten Vermehrung der Activen darf auch nicht in der Weise geschehen, dass dieselben resp. deren Werth gleichzeitig auch den Passiven zugeschlagen werden; sondern es müssen solche Subventionen in der Bilanz gänzlich ausser Ansatz bleiben.[1]) (Entsch. v. 25. Februar i. S. Bundesrath c. Ver. Schweizerbahnen.)

---

96. *Art. 7 des eidg. Fabrikgesetzes vom 23. März 1877. Verwendung der verhängten Bussen; Rechte der Arbeiter und des Fabrikherrn bezüglich derselben. Welchen Unterstützungskassen steht ein Anspruch auf die Bussen zu?*

Der Centralstickerkrankenverein, Sektion Appenzell, forderte unter Berufung auf Art. 7 Abs. 3 des eidg. Fabrikgesetzes von A. den Betrag der von ihm in seiner Fabrik in den Jahren 1878—1885 bezogenen Bussen, weil er während dieser Zeit der einzige Krankenunterstützungsverein für Sticker in Appenzell gewesen sei und eine grosse Anzahl (früherer und jetziger) Arbeiter der A.'schen Fabrik ihm angehören, welche erhebliche Unterstützungsbeträge von ihm bezogen haben und damit einverstanden seien, dass die Bussen an den klagenden Verein abgeliefert werden. Das Bundesgericht wies, im Gegensatze zu den kant. Gerichten, die Klage ab.

Gründe: Allerdings ist nach Art. 7 leg. cit. der Fabrikherr nicht berechtigt, Bussengelder seinen Geschäftseinnahmen zuzurechnen und darüber nach Belieben zu verfügen, sondern im Gegentheil verpflichtet, dieselben im Interesse der Arbeiter, namentlich für Unterstützungskassen, zu verwenden. Dieser gesetzlichen Verpflichtung des Fabrikanten entspricht zweifellos Recht und Pflicht der administrativen Aufsichtsbehörden,

---

[1] In gleichem Sinne Veit Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 192; contra Ring, Kommentar zur deutsch. Aktiennovelle S. 260 Ziff. 2 a. E.

über bestimmungsgemässe Verwaltung und Verwendung zu wachen, insbesondere bei Aufstellung der hoheitlich zu genehmigenden Fabrikordnungen (Art. 8 des Fabrikgesetzes); es steht diese Verpflichtung auch unter der Sanktion des Art. 19 leg. cit. und es wird im Fernern anzuerkennen sein, dass die Arbeiter einer Fabrik berechtigt sind, gegen den Fabrikherrn im Civilwege dahin zu klagen, dass er die Bussen nicht seinem Geschäftsfonds einverleibe, sondern in angemessener Weise im Interesse seiner Arbeiter, insbesondere für eine Unterstützungskasse derselben, d. h. eine Unterstützungskasse der Fabrik, verwende. Dagegen kann keine Rede davon sein, dass anderweitig bestehende, gewerbliche oder andere Unterstützungsvereine desshalb, weil eine Mehrzahl von Arbeitern einer Fabrik ihnen angehört und in ihrer Eigenschaft als Vereinsmitglieder von ihnen unterstützt worden ist, berechtigt seien, die in der fraglichen Fabrik geforderten Bussengelder für sich zu beanspruchen. Eine derartige Berechtigung statuirt das Gesetz nirgends, sie ist vielmehr mit Wortlaut und Sinn desselben völlig unvereinbar. Unter den Unterstützungskassen des cit. Art. 7 sind lediglich Unterstützungskassen der Fabrik, über deren Verwaltung dem Fabrikherrn wie auch der Arbeiterschaft der Fabrik eine Kontrolle zusteht, verstanden, wobei allerdings bedauert werden mag, dass das Gesetz über die rechtliche Stellung dieser Kassen keine näheren, deren Bestand und Schicksal, z. B. für den Fall des Konkurses des Fabrikherrn, sichernden Bestimmungen getroffen hat. (Entsch. v. 6. Mai 1887 i. S. Centralstickerkrankenverein ca. Aylé-Idoux.)

---

97. *Art. 1, 11, 15—17 und 20 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Execution französischer Urtheile in der Schweiz. Prorogation eines nach dem Vertrage unzuständigen Gerichts durch Einlassung auf die Klage und deren Wirkung bezüglich der Zustellung des Urtheils. Hindert die Erhebung der Kassationsbeschwerde beim französischen Kassationshof über einen die Appellation gegen ein erstinstanzliches Urtheil wegen Verspätung zurückweisenden Entscheid des Appellationsgerichtes die Rechtskraft des erstinstanzlichen Urtheils?*

1. Der oben bezeichnete Staatsvertrag begründet auch für die einzelnen Bürger Rechte in der Art, dass die Kantone nicht befugt sind, Urtheile, welche von einem nach Massgabe des Staatsvertrags incompetenten Gerichte oder auf Grund eines dem Staatsvertrag widersprechenden Ver-

fahrens erlassen wurden oder welche nach den Bestimmungen des Vertrages zur Vollstreckung nicht geeignet sind, wider den Einspruch des Vollstreckungsbeklagten zu vollziehen.

2. Der Gerichtsstand des Art. 1 des Staatsvertrages ist kein ausschliesslicher, im öffentlichen Interesse vorgeschriebener, vielmehr kann auf denselben verzichtet werden. Art. 11 schliesst die Begründung der Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichtes durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung nicht aus (vgl. Curti, der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich § 31). Eine stillschweigende Prorogation liegt in der Verhandlung zur Hauptsache seitens eines bestellten Vertreters, sofern dieselbe ohne irgendwelche Einwendung gegen die Kompetenz des Gerichtes geschieht.

3. Die Prorogation auf ein französisches Gericht hat zur Folge, dass die schweizerische Partei auch den Bestimmungen des französischen Processrechts unterworfen ist und daher die Zustellung des Urtheils in den Formen des französischen Prozessrechts an dieselbe geschehen kann.

4. Wenn gegen ein erstinstanzliches (handelsgerichtliches) Urtheil eines französischen Gerichts die Appellation ergriffen, dieselbe aber wegen Verspätung vom Appellationsgericht zurückgewiesen worden ist und die unterliegende Partei gegen diesen Entscheid Kassationsbeschwerde beim Kassationsgerichte aus dem Grunde erhoben hat, weil die Urtheilszustellung in der Gerichtsschreiberei nach Art. 422 code de proc. civile die Appellationsfrist nicht habe in Lauf setzen können, so kann die Vollstreckung des (erstinstanzlichen) Urtheils bis nach Erledigung der Cassationsbeschwerde in der Schweiz nicht verlangt werden. Denn nach Art. 15 des Staatsvertrages sind nur rechtskräftige — nicht blos vorläufig vollziehbare — Urtheile zu vollstrecken; in der französischen Jurisprudenz ist aber streitig, ob die bezeichnete Art der Urtheilseröffnung die Rechtsmittelfrist in Lauf setze[1]), und vor der Entscheidung dieser Frage durch das Kassationsgericht steht nicht fest, ob nicht die gegen das erstinstanzliche Urtheil erklärte Appellation rechtswirksam gewesen sei. (Entsch. v. 25. Februar 1887 i. S. Gonzenbach c. Conti.)

---

[1]) Vgl. Boitard, leçons de proc. civile Bd. I, Nr. 650.

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

98. *Haftpflicht für Delict. Haftbarkeit der Theilnehmer an einem Raufhandel für die civilrechtlichen Folgen der in demselben verübten Körperverletzung. Art. 50 ff. O-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 3. Februar 1887 i. S. gegen Joh. Krauer u. Cons.

„Die Haftpflicht der beiden Appellanten für die civilen Folgen der Körperverletzung der Wirth und Stössel darf nicht einfach aus dem Vergehen der Theilnahme an einem Raufhandel im Sinne des § 140 St.-G.-B., dessen sie schuldig erklärt worden sind, abgeleitet werden. Zu den Voraussetzungen dieses Vergehens gehört nämlich der Causalzusammenhang mit der eingetretenen Körperverletzung keineswegs (s. Liszt Strafrecht § 93 II.), und ohne diesen Causalzusammenhang könnte eine solche civilrechtliche Haftpflicht nur dann gerechtfertigt werden, wenn dies durch klare gesetzliche Vorschrift ausgesprochen wäre, also auf Grund eines sogenannten Quasidelicts oder einer obligatio ex lege. Allein eine solche Vorschrift besteht nicht, und deswegen können auch die wegen blosser Theilnahme an einem Rauthandel criminell Bestraften für die civilrechtlichen Folgen der Körperverletzung nur auf Grundlage der gewöhnlichen Grundsätze über die Schadensersatzpflicht aus Verschulden haftbar gemacht werden. Es muss ihnen also ein Verschulden (dolus oder culpa) nachgewiesen werden, welches mit der Körperverletzung im Causalzusammenhang steht (s. Fuchsberger, Strafrecht 227 Z. 2).

Ein solches Verschulden der beiden Appellanten liegt jedoch ganz unzweifelhaft darin, dass Heinrich Krauer nach unverdächtigen Zeugenaussagen schon bevor die Körperverletzungen stattfanden, gerufen hat: „d'Hegel uf," und Johannes Meier: „Alls versteched mer". Man darf zwar nicht so weit gehen, in diesen Aufrufen eine förmliche Aufforderung, vom offenen Messer Gebrauch zu machen, also einen Dolus zu erblicken, sondern es ist wohl gedenkbar, dass sie damit nur ihre Gegner schrecken wollten, allein auch dann lag darin eine arge Fahrlässigkeit, denn sie mussten voraussehen, dass ihre Kameraden leicht dem Rufe Folge leisten, also die Messer wirklich ziehen und dann auch gebrauchen könnten, und wenn daher Johannes Krauer dies in der That auch gethan, so hat hiezu allerdings das fahrlässige Handeln der beiden Appellanten mitgewirkt. Demnach

besteht sowohl ein Verschulden der Letztern als auch ein Causalzusammenhang zwischen demselben und der eingetretenen Körperverletzung. Dieses Verschulden genügt, um die beiden Appellanten mit Johannes Krauer für den ganzen Schaden gemäss Art. 60 O.-R. solidarisch haftbar zu machen, und es braucht nicht mehr untersucht zu werden, ob vielleicht noch weitere Verschuldungsmomente auf Seite der beiden Appellanten vorhanden sind, welche ebenfalls mit der Körperverletzung im Causalzusammenhange stehen, wie namentlich der Umstand, dass sie die Rauferei provocirten.

---

Einem zweiten, dieselbe Frage behandelnden Civilurtheile der Appellationskammer vom 5. März 1887 lag folgender Thatbestand zu Grunde:

K. traf in einer Wirthschaft als einzige Gäste die Brüder Friedrich und Conrad Heinrich P., von denen er jedoch nur den erstern, Friedrich P., kannte. Bald gerieth er mit diesem in Wortwechsel, es ist indessen nicht festgestellt, wer diesen angefangen hat. Im Verlaufe desselben stand K. auf und erhob sein Glas, wie er sagt, um auszutrinken und sich zu entfernen, wie die beiden P. behaupten, mit der nicht zu verkennenden Absicht, dasselbe dem Friedrich, mit welchem der Streit bestand, über den Kopf zu schlagen. Darauthin packten beide Brüder P. den K. an und beförderten ihn gewaltsam aus der Wirthschaft. Im Freien wurde derselbe sodann von Conrad Heinrich P. die Treppe hinuntergeworfen und derart misshandelt, dass er einen Bruch des Unterschenkels erlitt. Während dieses Vorfalls stand Friedrich P. auf der Vortreppe und betrat die Wirthschaft erst gleichzeitig mit seinem Bruder wieder. In dem darauf durchgeführten Strafprocess wurden Conrad Heinrich P. der vorsätzlichen Körperverletzung, verübt im Raufhandel, und Friedrich P. der Theilnahme an einem Rauthandel, in welchem besagte Körperverletzung verübt wurde, schuldig erklärt und bestraft. Der Damnifikat belangte beide Brüder auf Schadenersatz, und es wurde die Klage in dem Sinne gutgeheissen, dass Conrad Heinrich, der Urheber der Körperverletzung, für 3 Viertheile, unter solidarer Haft für den weiteren Viertheil, und Friedrich, der blosse Theilnehmer am Raufhandel, für einen Viertheil des Gesammtschadens aufzukommen habe, bezüglich des Friedrich P. aus folgenden Motiven:

1. In einem Strafurtheile vom 3. Februar 1887 hat die Appellationskammer des Obergerichtes bereits den Grundsatz ausgesprochen, dass die civilrechtliche Haftung der wegen

blosser Theilnahme an einem Raufhandel schuldig erklärten Angeklagten nur aus Art. 50 ff. O.-R. hergeleitet werden könne. Es genügt daher auch im vorliegenden Falle zur Gutheissung der Klage gegen Friedrich P. keineswegs, dass er wegen dieses Vergehens mit Recht schuldig erklärt und zu 70 Fr. Geldbusse verurtheilt worden ist, sondern es hat der Kläger nachzuweisen, dass seine Verletzung mit einem Verschulden des Friedrich P. im Causalzusammenhang stehe. Es genügt also nicht, wie im Strafprozesse, der Nachweis des Causalzusammenhangs zwischen der Verletzung und der Rauferei als solcher ohne Rücksicht auf die Handlungen oder Unterlassungen der einzelnen Theilnehmer an derselben.

2. Allein ein solches Verschulden auf Seite des Friedrich P., wenn auch nur eine Fahrlässigkeit, darf unbedenklich als vorhanden angenommen werden. Es steht nämlich fest, dass er gemeinsam mit seinem Bruder Conrad Heinrich den K. in der Wirthsstube gepackt und durch den Hausgang bis auf die Vortreppe gewaltsam hinausbefördert hat. Dazu war er, obschon vorher zwischen den Parteien Wortwechsel stattgefunden hatte, bei dem auch den K. ein Verschulden treffen mag, nicht berechtigt, wesshalb er ja auch wegen Theilnahme an einer Rauferei verurtheilt worden ist. Nun ist gewiss klar, dass ohne sein Mitwirken sein Bruder Conrad Heinrich, der den K. nicht näher kannte und bei dem Wortwechsel weniger betheiligt war als Friedrich, denselben nicht angepackt hätte und jedenfalls auch allein nicht im Stande gewesen wäre zur Wirthschaft hinaus zu befördern, ebensowenig denselben hierauf noch die Treppe hinunter geworfen und misshandelt hätte, wenn sein Bruder, der während des ganzen Vorfalles oben auf der Vortreppe stand, ihn hiezu nicht durch seine Anwesenheit und zum Mindesten stillschweigende Zustimmung ermuthigt hätte, obschon es ihm ohne Zweifel ein Leichtes gewesen wäre, ihn davon abzuhalten. Dieses gewiss schuldhafte Benehmen des Friedrich P. steht daher mit der Verletzung des K. im Causalzusammenhange, dagegen kann man dasselbe nicht als Dolus, rücksichtlich des eingetretenen Erfolges, auffassen, weil eine auf Herbeiführung einer körperlichen Verletzung des K. gerichtete Absicht nicht nachgewiesen ist.

3. Nach Art. 50 und 54 O.-R. hat bezüglich der Grösse des zuzusprechenden Schadenersatzes der Richter ziemlich freie Hand, darf also auch, wo zwei Beklagte gemeinsam, der eine durch Dolus, der andere durch blosse Culpa einen Schaden verursacht haben, die Schadenersatzpflicht des letztern

erheblich niedriger ansetzen als diejenige des erstern. Der Kläger verlangt nun aber von Friedrich P. auch nur einen Viertheil des gegenüber Conrad Heinrich P. geltend gemachten Schadenersatzes, und in diesem höchst reduzirten Umfange ist seine Forderung nach richterlichem Ermessen auch gutzuheissen.

---

99. *Action en dommages et intérêts contre le maître pour des faits commis par un employé en dehors du contrat. Art. 62 C. O.*

**Vaud.** Jugement du Tribunal du District de Lausanne du 11 octobre 1886, dans la cause Union du Crédit c. Suisse Occidentale-Simplon.

La maison Schaffter, Pays et Cie., à Lausanne, avait passé avec différentes fabriques d'armes de Russie, d'Autriche, d'Allemagne, d'Italie et d'Angleterre des conventions, par lesquelles elle s'engageait à fournir des bois de fusils en quantité très importante. Pour faire face aux besoins de sa fabrication, elle entra en relations d'affaires avec l'Union vaudoise du Crédit, et il fut convenu que Sch. P. et Cie. remettraient à l'Union du Crédit l'original de la facture dont ils désireraient l'escompte, accompagné du certificat d'expédition de la marchandise, et que l'Union escompterait les dites factures. Sur ces bases des relations d'affaires de plus en plus importantes entre Sch. P. et Cie. et l'Union se sont engagées. Celle-ci recevait, au fur et à mesure de la fabrication et de l'expédition des bois de fusil, des factures cessionnées en sa faveur, ces factures accompagnées de doubles de lettres de voiture délivrés par la gare de Lausanne. Dans la suite, Sch. P. et Cie ont imaginé un système de manœuvres frauduleuses, dans le but de se procurer de l'argent à l'Union, sans donner à celle-ci aucune contre-valeur. Ils ont fabriqué des factures imaginaires ne correspondant à aucune expédition réelle de marchandises, et les ont cessionnées à l'Union comme si elles étaient des factures véritables. Pour donner une certaine apparence de réalité au procédé, Sch. P. et Cie. se sont procuré des formulaires de lettres de voiture qu'ils ont remplis suivant leur convenance et sur lesquelles ils sont parvenus à faire apposer un timbre à date par le nommé Henri Fluckiger, homme d'équipe de la Suisse Occidentale, préposé à la bascule de la gare aux marchandises, auquel ils faisaient remettre pour cela quelques minimes pourboires. Ces formulaires ont été remis à l'Union du Crédit en très

grande quantité, en lieu et place d un duplicata régulier et réel constatant l'expédition de marchandises.

L'Union a accepté comme sérieuses ces pièces ainsi falsifiées, a escompté toutes les factures fictives qui lui étaient présentées et a, dans le courant des années 1882, 1883 et commencement de 1884, remis à Sch. P. et Cie., sans contre-valeur, une somme de 198,800 fr. Elle ne s'est pas aperçue de la fraude avant le mois de mars 1884; la découverte a entraîné la faillite de la maison Sch. P. et Cie. prononcée le 4 avril 1884. Par exploit notifié le 9 mars 1885 à la Compagnie S. O.-S. et à Fluckiger l'Union a ouvert action pour faire prononcer qu'ils doivent lui payer solidairement 198,800 fr. Les défenseurs ont opposé comme premier moyen exceptionnel la prescription en vertu de l'art. 69 C. O., éventuellement, ils ont opposé que l'Union a occasionné elle-même la perte par sa négligence. Le tribunal a repoussé les conclusions de la demande. — Nous laissons de côté les motifs concernant la question de la prescription et de la responsabilité de Fluckiger;[1]) nous nous bornons à publier les motifs tirés de l'art. 62 C. O. sur la question de la responsabilité de la S. O.-S. pour la faute de son employé Le tribunal se prononce sur ce point de la manière suivante:

Considérant que le maître ou patron n'est responsable que du dommage causé par ses ouvriers ou employés dans l'accomplissement de leur travail, et qu'il peut, d'ailleurs, s'exonérer en justifiant qu'il a pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir le dommage.

Qu'il résulte des débats que Fluckiger n'était, antérieurement au mois de mars 1884, qu'un simple homme d'équipe préposé au service tout spécial de la bascule; qu'il n'avait à faire aucun travail de bureau et que rien ne l'appelait à s'occuper, autrement que pour le pesage, de l'expédition des marchandises.

Que si Fluckiger avait ses entrées dans le bureau de la manutention, il n'est nullement établi qu'il pût s'introduire à la petite vitesse, ni surtout qu'il eût à sa disposition le timbre particulier de ce dernier bureau.

Que ce timbre est généralement sous clef alors qu'on ne s'en sert pas et que la meilleure preuve que la Compagnie a pris les précautions nécessaires pour qu'on ne pût pas l'utiliser abusivement, c'est le fait qu'il ne figure pas sur les duplicatas falsifiés.

[1]) Le jugement complet est publié dans le Journal des tribunaux année 1887, Nr. 22.

Que, cela étant, les actes de Fluckiger, dont se plaint l'Union, n'ont pas été commis dans l'accomplissement du travail qui lui était confié par la Compagnie S. O.-S. et n'engagent en aucune façon la responsabilité de cette dernière.

Qu'au surplus, celle-ci justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour éviter le dommage et ne peut être appelée à le réparer.

Considérant, enfin, que tout ce qui a été dit au sujet des fautes, des négligences et des imprudences commises par l'Union peut être invoqué contre elle par la Suisse Occidentale.

Que celle-ci peut aussi se prévaloir de ce que les prétendus duplicatas timbrés par Fluckiger n'avaient en réalité aucune valeur.

---

**100.** *Verzug des Gläubigers bei Weigerung der Annahme einer Prämienzahlung wegen angeblich eingetretener Hinfälligkeit des Versicherungsvertrags. Art. 106 O.-R.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts v. 28. Mai 1887 i. S. Müller c. Transport- und Unfallversicherungsactiengesellschaft Zürich.

J. Müller hatte sich durch Vertrag v. 20. Juni 1884 auf die Dauer von 10 Jahren bei der Caisse paternelle, deren Versicherungsverträge später von der Actiengesellschaft Zürich übernommen worden sind, gegen Unfall versichert. Nach Art. 5 des Vertrags soll die Versicherung ohne Weiteres ausser Kraft treten, wenn die Prämie nicht innerhalb 14 Tagen nach dem Fälligkeitstermine bezahlt wird, und nach Art. 8 hat die Gesellschaft das Recht, nach jedem festgestellten und bezahlten Schaden die Police aufzuheben, und zwar durch recommandiertes Schreiben innerhalb 14 Tagen nach Regulierung des Schadens. — Müller erlitt im April 1886 einen Unfall und wurde dafür am 4. Dec. 1886 auf Grund Verständigung von der Gesellschaft vollständig abgefunden unter gleichzeitiger Anzeige von der Aufhebung des Vertrags. Aber am 26. Nov. 1886 hatte Müller einen weiteren Unfall erlitten, für den er ebenfalls noch Entschädigung verlangte, da die Police erst am 4 Dec. aufgehoben worden sei. Die Gesellschaft bestritt ihre Entschädigungspflicht zunächst darum, weil M. die am 20. Juni 1886 fällige Prämie pro 1887 nicht bezahlt habe und der Vertrag gemäss Art. 5 somit erloschen sei. (Weitere Einwendungen kommen hier nicht in Betracht.) Müller erwiderte, er habe die Prämie dem Agenten der Gesellschaft zahlen wollen, dieser aber habe sie nicht angenommen. Das Obergericht erachtete die Einrede der Versicherungsgesellschaft für unbegründet. Seine Motive sagen darüber Folgendes:

Es fragt sich, ob die Offerte der Prämie durch den Kläger M. nach den gesetzlichen Vorschriften über den Verzug des Gläubigers (Art. 106 O.-R.) rechtlich der Zahlung gleich zu achten sei. Das Obergericht bejaht dies, indem es dafür hält, dass die Verweigerung der Annahme in ungerechtfertigter Weise geschehen sei. Die Gesellschaft hat den Versicherungsvertrag für zehn Jahre vom 20. Juni 1884 an abgeschlossen gegen Zahlung von jährlichen Prämien und konnte diese Zahlung nicht zurückweisen, wenn nicht eine der Eventualitäten eintrat, in denen vertraglich die Versicherung aufgelöst werden kann. Eine solche Eventualität liegt hier nicht vor, da nach Art. 8 erst mit Bezahlung eines eingetretenen Schadens die Police kann aufgehoben werden, der Schaden vom April her aber erst am 4. Dec 1886 bezahlt wurde. Die Gesellschaft will geltend machen, Müller hätte sich mit der Zurückweisung der Zahlung seitens des Agenten Etter nicht begnügen, sondern bei der Generalagentur der Gesellschaft Beschwerde führen, jedenfalls aber den Betrag amtlich deponiren sollen. Nun war aber der Agent im Thurgau bevollmächtigt zur Empfangnahme, somit auch zur Verweigerung der Empfangnahme von Geldern, er ist überhaupt der Repräsentant der Gesellschaft im Canton. Es genügte, wenn ihm die Zahlung der Prämie angeboten wurde, und es konnte dem Versicherten nicht zugemuthet werden, sich noch an andere Angestellte der Gesellschaft zu wenden. Was die Deposition des Betrages zu amtlichen Handen anbetrifft, so war nach Art 107 O.-R. der Schuldner zu derselben berechtigt, nicht aber verpflichtet; Art. 106 O.-R. verlangt zum Verzug des Gläubigers nur Verweigerung der Annahme der gehörig angebotenen Leistung.

---

**101.** *Cession. Haftbarkeit des Cedenten gegenüber einem zweiten Cessionar. Art. 190, 192, 193 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 7. April 1887 i. S. Gerster c. Sutter.

J. Sutter trat am 14. Juli 1885 dem J. Rüfenacht eine Forderung von Fr. 315 an Eberle ab, mit der schriftlichen Erklärung, „dass zwischen den Parteien ein Rechnungsverhältniss bestehe und R. diese Summe verrechnen könne. Währschaft nach Gesetz.“ Rüfenacht seinerseits cedierte die Forderung an H. Gerster. Als sie dieser von Eberle eintreiben wollte, gerieth letzterer in Concurs und Gerster kam vollständig mit seiner Forderung zu Verlust. Er klagt

nun gegen Sutter auf Zahlung, weil dieser gemäss seiner Verpflichtung „Währschaft nach Gesetz“ für die Einbringlichkeit hafte.

Das Civilgericht hat den Kläger abgewiesen.

Motive: Die Worte „Währschaft nach Gesetz“ begründen keine Bürgschaft, welche allerdings, wenn sie bestände, nach Art. 190 O.-R. mit der Forderung selbst auch auf den Kläger übergegangen wäre. Der blosse Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen schliesst im Gegentheil die Annahme einer Bürgschaft aus, da nach Art. 192 O.-R. der Abtretende für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nur dann haftet, wenn er sich dazu verpflichtet hat, was hier nicht geschehen ist.

Die gesetzliche Währschaft, die der Beklagte übernommen hat, wird normiert durch Art. 193 O.-R., denn es ist unbestritten, dass die Abtretung zum Zwecke der Verrechnung in einem gegenseitigen Rechnungsverhältniss erfolgte, ohne dass ein Betrag festgestellt wurde, zu welchem sie angerechnet werden sollte. Dies hat nun aber nur die Folge, dass sich der Erwerber R. in seinem Rechnungsverhältniss mit dem Beklagten nur diejenige Summe anrechnen lassen muss, die er vom Schuldner erhalten hat oder bei gehöriger Sorgfalt hätte erhalten können, nicht aber die, dass er selbst oder sein Cessionar gegen den ersten Cedenten die ganze Forderung in ihrem Nennwerthe geltend machen kann.

Die Abrechnung zwischen R. und dem Beklagten ist aber ein zwischen diesen beiden bestehendes Rechtsverhältniss, aus welchem ein Dritter, der lediglich Inhaber einer an Zahlung gegebenen unverbürgten Forderung ist, nicht klagen kann. Der Beklagte ist daher der unrichtige Beklagte und es braucht nicht untersucht zu werden, ob seine übrigen Einreden begründet sind oder nicht.

---

**102.** *Objet mobilier aliéné par un non-propriétaire à un tiers acquéreur de mauvaise foi. Action en dommages et intérêts du véritable propriétaire contre le tiers et recours de ce dernier contre son cocontractant. Art. 205 et 207 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 22 février 1887 dans la cause hoirs Marrel c. Lévy et Marrel fils.

Le 1er juin 1886, à l'occasion de la foire d'Yverdon, Frédéric Marrel fils, à Yvonand, a échangé à A. Lévy, marchand de chevaux, à Avenches, un cheval appartenant au père Marrel contre un cheval de Lévy. Ce marché a eu

lieu sans le consentement du père Marrel, et même la mère Marrel a averti Lévy que le cheval n'appartenait pas à son fils et que celui-ci n'avait aucun mandat pour traiter.

Ensuite de ces faits, le père Marrel a sommé Lévy de lui restituer le cheval échangé, mais cette invitation est restée sans effet. Le père Marrel a alors actionné Lévy en paiement de 1000 fr. de dommages et intérêts, plus les frais de fourrière du cheval de Lévy, tenu à la disposition de ce dernier, et les intérêts.

En cours de procès, le demandeur est décédé et l'instance a été continuée par ses héritiers.

Lévy a conclu à libération et il a en outre évoqué en garantie Frédéric Marrel fils, qui a pris place au procès.

Le Tribunal du district d'Avenches a admis les conclusions du demandeur en ce qui concerne les dommages et intérêts, mais les a rejetées quant aux frais de fourrière et aux intérêts. En outre, il a condamné Marrel fils à rembourser à Lévy le montant des condamnations prononcées contre lui.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement en ce sens que Lévy est condamné à payer, outre les dommages et intérêts, les frais de fourrière et les intérêts. Quant au recours de Lévy contre le fils Marrel, il ne l'a admis que pour la moitié des valeurs que le premier doit payer aux hoirs Marrel.

Motifs: Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et entre autres des solutions données aux faits, objet d'une preuve testimoniale, que l'échange du cheval du père Marrel avec celui de Lévy n'a pas eu lieu avec le consentement du demandeur.

Qu'au contraire, le marché du 1er juin a été traité entre le fils Marrel et Lévy à l'insu de Marrel père, celui-ci n'ayant donné à personne, pas même à son fils, un mandat quelconque pour vendre ou échanger le dit cheval.

Considérant que Lévy connaissait ces circonstances déjà avant de conclure le marché avec le fils Marrel, puisqu'il résulte de la solution testimoniale donnée à l'allégué n° 5 que le 1er juin, sur le champ de foire d'Yverdon, la mère Marrel, informée du marchandage qui avait lieu entre son fils et Lévy, a déclaré à celui-ci que le cheval appartenait au père et non au fils et qu'en aucun cas le marché ne se conclurait sans le consentement du père Marrel.

Considérant que Lévy savait que le cheval en question n'était pas la propriété du fils Marrel, que celui-ci n'avait reçu

aucun mandat de son père pour traiter et que le consentement de Marrel n'avait pas été donné à l'occasion de ce marché.

Que, dès lors, Lévy ne saurait être envisagé comme un acquéreur de bonne foi, lui permettant de se mettre au bénéfice des dispositions de l'art. 205 C. O.

Considérant que, par exploit du 7 juin 1886, Marrel père a sommé Lévy de lui restituer le cheval dans les 24 heures et que Lévy n'ayant pas obtempéré à cette sommation, c'est avec raison que Marrel lui a réclamé des dommages-intérêts.

Qu'en effet, l'art. 207 C. O. ne saurait être interprété aussi restrictivement que le fait Lévy, qui estime n'être tenu qu'à restituer la chose ou sa valeur, cette disposition légale n'étant pas si absolue et n'excluant nullement une réclamation en dommages-intérêts.

Que, du reste, le défendeur n'a pas obtempéré à la sommation du demandeur et n'a fait aucune offre de restitution malgré la dite sommation.

Considérant que le chiffre de 1000 fr. réclamé ne paraît nullement exagéré en présence de la circonstance que Marrel père a été privé d'un cheval qu'il ne voulait pas vendre et que l'animal en question a été taxé par le vétérinaire Bosset à 600 fr. et par le marchand de chevaux Levaillant à 800 fr.

Considérant qu'il n'existe aucun motif pour que Lévy ne soit pas condamné aussi au paiement de l'intérêt de cette somme de 1000 fr. dès le jour de l'ouverture de l'action, 15 juin 1886.

Que c'est, dès lors, à tort que le Tribunal d'Avenches a dit que la somme de 1000 fr. serait versée aux hoirs Marrel, sans intérêt.

Considérant que le Tribunal d'Avenches a omis de statuer dans son jugement sur les frais de fourrière du cheval laissé chez Dessemontet, à Yvonand.

Que ces frais devront aussi être supportés par Lévy, le demandeur ne pouvant en être rendu responsable en aucune manière.

Considérant, en ce qui concerne les conclusions qu'a prises Lévy contre Marrel fils, que ce dernier a échangé au défendeur un animal qu'il savait ne pas lui appartenir et sans que son père ait donné son consentement à ce marché.

Considérant, en outre, que le père Marrel n'avait donné aucune procuration à son fils et que, ne pouvant plus diriger ses affaires, il les faisait traiter par sa femme.

Que, dès lors, Marrel fils n'avait aucun droit d'échanger le cheval de son père à Lévy et qu'il a ainsi cherché à tromper ce dernier.

Mais attendu que Lévy, qui connaissait toutes ces circonstances, ainsi qu'il a déjà été dit, a commis une faute grave en prenant le cheval de Marrel.

Qu'il s'est rendu complice de l'acte commis par Marrel fils au préjudice de son père et qu'il doit, dès lors, en être rendu responsable dans une certaine mesure.

---

103. *Miethe. Unzulässigkeit des Retentionsrechts des Vermiethers für Schadenersatzanspruch wegen Aufhebung der Miethe. Art. 294 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 18. März 1887 (bestätigt vom Appellationsgericht am 28. April) i. S. Le Grand c. Konkursmasse Duvivier.

A. Le Grand vermiethete am 10. April 1885 dem P. Duvivier eine Wohnung für Fr. 575 per Quartal auf 3 Jahre fest. Am 19. Jan. 1886 gerieth D. in Konkurs, und Kläger meldete in dessen Masse die Forderung für rückständige Miethzinse und Instandstellungskosten an mit dem Beifügen: „insofern nicht gemäss Art. 288 O.-R. für die später fällig werdenden Miethzinse Sicherheit geleistet wird, somit der Miethvertrag vor Ablauf der Miethzeit 1. April 1888 durch den Konkurs des Miethers aufgehoben ist, verlange ich als Entschädigung hiefür nach Art. 292 O.-R. den Betrag eines halben Jahreszinses Fr. 1150." Die Concursbehörde leistete die Sicherheit nicht, und Le Grand beanspruchte darauf auch für diese Fr. 1150 das Retentionsrecht des Vermiethers gemäss Art. 294 O.-R. Dieses Retentionsrecht wurde von der Concursbehörde nicht anerkannt, worauf Le Grand klagend auftrat. Das Civilgericht wies die Klage ab.

Motive: Art. 294 O.-R. gewährt dem Vermiether einer unbeweglichen Sache ein Retentionsrecht für den „Miethzins des verflossenen und des laufenden Jahres". Der Vermiether soll also für das vom Miether für die Benützung des Miethobjects zu leistende Aequivalent sicher gestellt werden; dagegen spricht weder ein innerer Grund noch der Wortlaut des Gesetzes dafür, dass dem Vermiether diese Sicherheit auch für Ersatzforderungen, welche infolge Nichthaltung des Miethvertrages entstehen konnten, gewährt werden soll; der in dieser Beziehung deutliche Wortlaut des Gesetzes schliesst eine solche extensive Interpretation geradezu aus. Kläger

kann daher nur, insofern sich seine Forderung als einen Theil der für Ueberlassung des Miethobjects vertraglich stipulierten Gegenleistung des Miethers darstellt, auf den Schutz des Retentionsrechts Anspruch machen. Nun wird gemäss dem hier einzig in Betracht fallenden Art. 288 O.-R. die Miethe durch den Concurs des Miethers keineswegs ipso jure aufgehoben, sondern es hat der Vermiether die ‚Wahl, das Miethverhältniss, soweit dies die gesetzlichen resp. vertraglichen Kündigungsfristen erlauben, fortdauern zu lassen, oder sofern ihm für die später fälligen Miethzinse keine Sicherheit geleistet wird, den Vertrag kurzer Hand aufzulösen. Im erstern Fall steht ihm für die fällig werdenden Miethzinse des laufenden Miethjahres ein Retentionsrecht zu; im letztern Fall tritt der Vermiether sofort wieder in die freie Verfügung über das Miethobject ein, wogegen ihm an Stelle der retentionsberechtigten Miethzinsforderungen eine allfällige jedoch nicht retentionsberechtigte Entschädigungsforderung zustehen kann. Wie aus der oben citierten Concurseingabe des Klägers vom 21. Januar 1886 hervorgeht, hat nun Kläger den letzteren Weg gewählt; die von ihm geltend gemachte Forderung ist daher nicht Bestandtheil der vertraglichen Gegenleistung des Miethers, sondern sie stellt sich als eine Entschädigungsforderung dar, das vom Kläger für dieselbe beanspruchte Retentionsrecht ist daher unbegründet.

---

104. *Die Haftung der Anwälte für Verschulden in der Ausführung der ihnen übertragenen Geschäfte richtet sich nach den Bestimmungen des O.-R. über den Auftrag (Art. 392 ff.); kantonalrechtliche Beschränkungen dieser Haftpflicht sind aufgehoben.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 7. Mai 1887 i. S. Weiller c. Guggenheim.

Der Kassationsbeklagte wurde vom Kassationskläger mit der Führung eines Prozesses gegen W. in Ennetbaden beauftragt und stellte alsdann über seine Bemühungen und Auslagen Rechnung. Der Kassationskläger lehnte als Beklagter die Zahlungspflicht ab, weil er vom Beauftragten durch unsorgfältige Führung des Geschäftes geschädigt worden sei. In dem oben erwähnten Prozesse hatte nämlich der heutige Kassationskläger obgesiegt, dagegen war ihm der übliche Ersatz der Kosten nicht zugesprochen worden, weil in der Klageschrift kein bezüglicher Antrag gestellt war. Für diese Unterlassung hafte aber der beauftragte Anwalt.

Die erste Instanz hiess die Klage des Kassationsbeklagten gut auf Grund folgender Erwägungen: Nach den vorliegenden Umständen sei die Unterlassung des Antrags auf Kostenerstattung nur als leichte Fahrlässigkeit anzuschen, und da nach § 60 der aargauischen bürgerlichen Prozessordnung der Sachführer nur für Nachtheile, die er mit böser Absicht oder grobem Versehen verschuldet, aufzukommen habe, so falle hier die Haft ausser Betracht. Die angeführte Gesetzesstelle sei nämlich als stillschweigender Bestandtheil des Auftragvertrages mit einem aargauischen Anwalt anzusehen, und es sei dadurch die in Art. 113 O.-R. als Regel aufgestellte Haft für jede Fahrlässigkeit wegbedungen, was nach Art. 114 zulässig sei.

Ueber dieses Erkenntniss beschwerte sich Nichtigkeitskläger und beantragt, dasselbe in Anwendung von § 704 Ziff. 9 des Gesetzes betr. die Rechtspflege aufzuheben und die Klage abzuweisen. Als klare gesetzliche Bestimmungen, mit welchen der Entscheid sich in offenbaren Widerspruch gesetzt habe, werden angeführt die Art. 392², 113 und 881 O.-R. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde begründet erklärt.

Motive: Der vom Kassationskläger angeführte Nichtigkeitsgrund ist offenbar zutreffend. Schon die Theorie, dass dispositives Gesetzrecht, welches mangels ausdrücklicher Vertragsbestimmungen zur Anwendung gebracht wird, zu dieser Anwendung komme in Folge einer Vermuthung, die Parteien haben sich stillschweigend in diesem Sinne vereinbart, ist eine sehr bestrittene. Jedenfalls ist auch da, wo sie bei einzelnen Rechtsinstituten eine gewisse Berechtigung zu haben scheint, wie z. B. beim ehelichen Güterrechte des französischen Rechtes, die Berufung auf ein aufgehobenes Gesetz als unstatthaft erklärt (vgl. Code civil und bad. Landrecht, Art. 1390). Dass aber Art. 60 der aargauischen Zivilprozessordnung durch das Obligationenrecht ausser Kraft gesetzt wurde, steht ausser Zweifel, denn durch Art. 64 B.-V. ist dem Bunde das Gesetzgebungsrecht über das Obligationenrecht übertragen, und soweit er dasselbe ausgeübt und nicht ausdrückliche Vorbehalte zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung gemacht hat, ist mit dem Tage des Inkrafttretens der Bundesgesetzgebung das kantonale Gesetzgebungsrecht dahingefallen. Nun hat der Bund in dem Abschnitte des O.-R. über den Auftrag (Art. 392—405) das Rechtsverhältniss zwischen Anwalt und Auftraggeber geregelt, denn dass sich diese Vorschriften auch auf Anwälte beziehen, welche, wie im Kanton Aargau, zur Ausübung ihres Berufes der obrigkeitlichen Bewilligung

(Patentirung) bedürfen, geht aus Art. 393 hervor. Umgekehrt betreffen die Ausnahmen des Art. 405 den vorliegenden Fall nicht; der Prozesse führende Anwalt vermittelt keine Geschäfte. Auch ist in diesem Kapitel des O.-R. kein Ortsgebrauch vorbehalten, wie dies an andern Orten geschehen ist, ganz abgesehen davon, dass Art. 60 der aargauischen Z.-P.-O. denn doch kaum als Bezeugung eines Ortsgebrauchs angesehen werden könnte. Kommt aber das O.-R. zur Anwendung, so ist, wie auch der Einzelrichter annimmt, die in Art. 393 grundsätzlich festgestellte Haftpflicht ihrem Umfange nach gemäss Art. 113 O.-R. zu bestimmen, und es ist die Begründung des angefochtenen Entscheides, dass die Haft für leichte Fahrlässigkeit hier von vornherein ausgeschlossen sei, eine mit klarem gesetzlichem Recht in offenbarem Widerspruch stehende, weshalb das Erkenntniss aufgehoben werden muss.

---

**105.** *Erforderniss der erfolglosen Betreibung. — Es genügt nicht ein allgemeiner Ausweis über die Insolvenz des Hauptschuldners, sondern es muss die Realisirung der Forderung im Executionswege ohne Erfolg versucht worden sein. Art. 493 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer vom 29. März 1887 i. S. Curt c. Lips.

Der Gläubiger eines in Paris wohnhaften Schuldners belangte dessen im Canton Zürich wohnhaften Bürgen und stützte sich hiebei auf die vom Gerichtsvollzieher (huissier) in Paris auf seine Veranlassung gemachten Erhebungen über die Insolvenz des Schuldners. Die Klage wurde zur Zeit abgewiesen.

Motive: Der Art. 493 O.-R. verlangt, dass der Belangung des Bürgen vorgängig ein eigentliches, auf Realisirung der Forderung gerichtetes Verfahren gegen den Hauptschuldner eingeleitet werde und dieses zu keinem genügenden Resultate führe. Wenn also auch das Gesetz offenbar bezweckt, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners festgestellt sei, so begnügt es sich doch nicht mit einem allgemeinen Ausweise über die Insolvenz, sondern verlangt, dass dieser durch ein bestimmtes Verfahren erbracht werde, welches auf die Execution der Forderung selbst hinzielt. Nun kann freilich nach französischem Recht die Execution nicht wie hierorts auf dem einfachen Wege der „freien Schuldbetreibung“ stattfinden, allein dies berechtigt den Richter nicht, von dem Requisite des Art. 493 in der Weise abzusehen, dass schon ein ganz allgemein gehaltener, nicht im Stadium

der Execution ausgewirkter Ausweis über die Insolvenz des Schuldners hier als ausreichend erachtet würde, es stünde dies im Widerspruch mit dem Grundsatze, dass das Gesetz auf alle Bürger im In- und Auslande, auf die es überhaupt Anwendung findet, in gleicher Weise zur Anwendung gelangen solle. Der Richter muss daher vom Gläubiger den Nachweis verlangen, dass diejenige Förmlichkeit beobachtet worden sei, welche nach dem am Domizil des Schuldners geltenden Rechte dem entspricht, was der Art. 493 von dem im Inlande wohnenden Gläubiger verlangt, d. h. dass die Realisirung der Forderung im Executivwege versucht worden, dieser Versuch aber wegen Insolvenz des Schuldners misslungen sei. Nun bietet aber der Bericht des Gerichtsvollziehers, worauf Kläger diesfalls abstellt, keine genügenden Anhaltspunkte dafür, dass Jener versucht habe, seine Forderung in den für die Execution im französischen Processrecht vorgeschriebenen Formen zu realisiren. Die Rechtshandlung, welche der huissier vorgenommen, kann ganz wohl als eine einfache Zahlungsaufforderung angesehen werden, welche dieser im privaten Auftrag des Gläubigers vornahm, und in einer Stellung, welche mehr derjenigen eines Geschäftsbesorgers entsprach als der durch das französische Gesetz diesem Beamten mit Hinsicht auf den Vollzug gerichtlicher Akte zugewiesenen. Jedenfalls darf als festgestellt angesehen werden, dass die Voraussetzungen, welche speziell für die im 5. Buch des Code de proc. civ. vorgesehene Execution von Urtheilen (vergl. insbesondere Titel VIII daselbst) gelten, hier nicht vorlagen. Es lässt sich übrigens auch nicht sagen, dass durch einen solchen Bericht die Insolvenz des Schuldners hinlänglich konstatirt sei, da die momentane Unmöglichkeit, zu erfüllen, keineswegs ausschliesst, dass bei Einleitung eines eigentlichen Executionsverfahrens ganze oder theilweise Erfüllung von Seite des Schuldners erfolge.

---

**106.** *Actiengesellschaft. Recht der Actionäre zu Anfechtung einer Statutenänderung. Zwingendes Recht des Gesetzes. Art. 627, 629 und 667 O.-R.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 11. Februar 1887 i. S. Schuster u. Cons. c. Gundeldinger Terraingesellschaft.

Unter dem Namen „Basler Terrain-Gesellschaft der Süddeutschen Immobiliengesellschaft“ bestand zu Basel seit 1872 eine (einfache) Gesellschaft in der Weise, dass mehrere Basler Bankhäuser Inhaber von Antheilscheinen à Fr. 10,000 der

Süddeutschen Immobiliengesellschaft in Mainz waren mit dem Zwecke, das sog. Gundeldingerquartier für Rechnung der durch Einzahlung solcher Antheilscheine sich betheiligenden Capitalisten zu erwerben und parcellenweise wieder zu veräussern. § 7 und 8 des Gesellschaftsvertrages setzte Abwicklung des Geschäfts durch Capitalrückzahlungen resp. Liquidation fest. Im Jahre 1885 wurde Umwandlung in eine Actiengesellschaft vorgeschlagen und ein Statutenentwurf Seitens der Immobiliengesellschaft den Antheilhabern mitgetheilt. An diesem beanstandeten die heutigen Kläger als Inhaber von 12 Antheilscheinen den Art. 29, weil derselbe eine aus dem Einnahmeüberschuss zu bewerkstelligende Rückzahlung von Actien, die durch das Loos zu bestimmen seien, in Aussicht nahm. Sie fanden darin eine Verletzung der Art. 629 Abs. 2 und 667 Abs. 1 O.-R., wonach das Vermögen einer aufgelösten Actiengesellschaft unter die Actionäre nach Verhältniss ihrer Actien zu vertheilen sei; denn die durch Art. 29 der Statuten vorgesehenen Abzahlungen seien nichts anders als eine allmählige Vertheilung des Vermögens der Actiengesellschaft zum Zweck ihrer Liquidation. Indessen nahm die Generalversammlung der neuen Actiengesellschaft am 24. März 1886 in Abwesenheit der Kläger den Statutenentwurf einstimmig an. Kläger verlangen nun gerichtlich in einer gegen die neue Actiengesellschaft („Gundeldinger Terraingesellschaft") gerichteten Klage Abänderung des Art. 29 der Statuten im Sinne der Beseitigung der Ausloosung von Actien behufs deren Heimzahlung und im Sinne verhältnissmässiger Heimzahlung auf allen Actien. Sie bestreiten, dass die Umwandlung in eine Actiengesellschaft durch Stimmenmehrheit der Antheilscheine mit bindender Kraft für die nicht zustimmenden Antheilhaber habe beschlossen werden können, und eventuell, falls diese Umwandlung zulässig wäre, dass die Art der Rückzahlung durch Mehrheitsbeschluss könne geändert werden, da jeder Actionär ein wohlerworbenes, d. h. gesetzliches Recht auf den einmal festgesetzten Rückzahlungsmodus habe, den ihm Mehrheitsbeschlüsse nicht verkümmern können (Art. 627 O.-R.). Die Beklagte wandte ein, dass Kläger, wenn sie sich einmal als Actionäre der neuen Gesellschaft gerieren, sich den Mehrheitsbeschlüssen unterwerfen müssten; wenn sie aber nicht Actionäre sein wollten, ihre Klage auf fortdauernde Gültigkeit der alten Statuten und Abwicklung des Geschäfts nach Massgabe derselben gegen die Süddeutsche Immobiliengesellschaft zu richten gehabt hätten. Die Kläger

erklärten darauf ausdrücklich, dass sie sich als Actionäre betrachten und als solche verlangen, dass die Gesellschaft ihnen ihre alten gesetzlichen Rechte gewähre.

Das Civilgericht Basel hat durch Spruch vom 11. Febr. 1887 die Klage abgewiesen.

Motive: Zunächst kann es sich im vorliegenden Falle um Verletzung wohlerworbener Rechte nicht handeln. Denn die Kläger haben ihre Rechte als Actionäre überhaupt erst durch die Statuten erhalten, von denen sie eine einzelne Bestimmung als ungesetzlich anfechten. Es könnte sich fragen, ob die Kläger als Antheilhaber der früheren Gesellschaft verpflichtet waren, sich der durch die Mehrheit der Antheilhaber auf Grund des Entwurfs der Statuten beschlossenen Umwandlung der alten Gesellschaft in eine Actiengesellschaft zu unterwerfen. Ein Widerspruch hiegegen hätte aber zu einer Klage auf Fortsetzung der alten Gesellschaft führen müssen, da ja die Kläger ihrerseits auch nicht berechtigt gewesen wären, die Umwandlung in eine bestimmte ihnen genehme Actiengesellschaft zu verlangen.

Da sich nun aber die Kläger als Actionäre betrachten, somit der neuen Gesellschaft beigetreten sind, so können sie eine Abänderung der Statuten, auf deren Grundlage sich die Bildung der Gesellschaft vollzogen hat, nur insofern verlangen, als dieselben einer zwingenden Vorschrift des Gesetzes widersprechen.

Nun sprechen aber weder innere noch äussere Gründe dafür, dass die angeführten Art. 629 Ziff. 1 und 2 und 667 Ziff. 1 zwingendes Recht sein wollen, von welchem durch den Gesellschaftsvertrag nicht könnte abgewichen werden. Auch das Recht der Actiengesellschaft ist ein Vertragsrecht, dessen Anwendung der Disposition der vertragschliessenden Parteien unterliegt, so weit nicht der Gesetzgeber aus Gründen allgemeiner Natur eine vertragliche Abweichung verbietet.

Darnach wäre allerdings die Bestimmung des Art. 627, wonach wohlerworbene Rechte des Actionärs nicht durch Mehrheitsbeschlüsse dürfen entzogen werden, zwingendes Recht. Diese Bestimmung kommt aber hier nicht zur Anwendung, weil kein wohlerworbenes Recht verletzt ist. Dagegen liesse sich schwer einsehen, welche Gründe allgemeiner Natur den Gesetzgeber bestimmt haben möchten, eine Statutenbestimmung auszuschliessen, wonach das Grundcapital statt durch ratenmässige Vertheilung unter die Actionäre durch schrittweise Einlösung und Amortisation einzelner

ausgeloosten Actien zurückbezahlt werden soll. Gegen die guten Sitten verstösst eine solche Bestimmung nicht, da ja die Chancen für alle Actionäre die gleichen sind und demnach von einer das Rechtsgefühl verletzenden Benachtheiligung einzelner die Rede nicht sein kann.

Wollte man aber auch die angef. Gesetzesbestimmungen als zwingendes Recht auffassen, so wären sie es doch nur in soweit, als nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme gestattet. Nun ist nach Art. 628 Ziff. 1 und 670 Abs. 4 der Actiengesellschaft die Erwerbung eigener Actien zum Zweck einer in den Statuten vorbehaltenen Amortisation erlaubt. Es darf also in den Statuten ein solcher Rückerwerb festgesetzt werden, und zwar, da der Gesetzgeber keine weitere Beschränkung aufstellt, offenbar auch in der Weise, dass der Gesellschaft freigestellt wird, die Actien, die sie erwerben will, beliebig auszuwählen. Somit kann gewiss gegen eine Bestimmung, welche an die Stelle des Beliebens eine Ausloosung setzt und dadurch jede Begünstigung Einzelner ausschliesst, nichts eingewendet werden.

---

**107.** *Gerichtsstand einer Collectivgesellschaft bei Eintragung derselben in das Handelsregister zweier Cantone. Art. 59 B.-V.*

**Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 5. Februar 1886 i. S. Gemeinde Rodersdorf gegen Gschwind u. Dettwyler.

Die Gemeinde Rodersdorf belangte vor Basler Gericht die Firma Gschwind u. Dettwyler auf Bezahlung einer Geldschuld. Die Beklagte wandte ein, das baselstädtische Gericht sei nach Art. 59 B.-V. incompetent, denn die Theilhaber der Firma Gschwind u. Dettwyler seien in Bretzwyl und Oberwyl niedergelassen, die Firma selbst sei im Handelsregister von Baselland eingetragen. Die Firma habe allerdings auch in Baselstadt Domicil genommen, aber nur den Geschäftsfreunden von Baselstadt gegenüber. Diesen gegenüber anerkennen sie den baselstädtischen Gerichtsstand, die Gemeinde Rodersdorf gehöre aber nicht zu denselben, könne also auch nicht vor baselstädtischem Gericht gegen Beklagte klagen. Das Civilgericht Basel erklärte sich competent.

Motive: Im Ragionenbuch des Kantons Baselstadt ist als Collectivgesellschaft die Firma Gschwind u. Dettwyler eingetragen. Daraus folgt, dass die Firma für alle persönlichen Ansprüche, welche gegen die Firma als solche gerichtet sind, hier in Basel belangt werden kann, und dass das baselstädtische Gericht ihr natürlicher Gerichtsstand im Sinne des

Art. 59 der Bundesverfassung ist. An diesem Verhältniss ändert nichts der Umstand, dass diese Firma auch im Ragionenbuch von Baselland eingetragen ist, dass auch in Baselland ein allgemeiner Gerichtsstand des Wohnsitzes für die Firma der Beklagten besteht und dass namentlich die eigentliche geschäftliche Thätigkeit in Oberwyl vor sich geht. Der Eintragung ins Ragionenbuch der Stadt Basel ist in keiner Weise eine Beschränkung beigefügt worden, die Beklagten haben daher alle rechtlichen Folgen dieser geschäftlichen Niederlassung auf sich zu nehmen. Durch diesen Gerichtsstand der Firma wird übrigens in keiner Weise auch ein Gerichtsstand für persönliche Ansprachen, welche gegen die Beklagten ausserhalb ihrer geschäftlichen Beziehungen zustehen, begründet, und es ist die in dieser Hinsicht vom Beklagten ausgesprochene Befürchtung unbegründet.

---

**108.** *Enfant adultérin inscrit à l'état civil comme enfant légitime. Prétendue légitimation par le mariage subséquent de la mère avec son complice. Art. 54 de la Constitution fédérale; art. 25 et 41 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 10 novembre 1886 dans la cause Wulliens.[1])

Le 22 mars 1864, la défenderesse L^me^-G^te^ Waridel a été unie par les liens du mariage à F.-L. Wulliens et celui-ci abandonna sa femme dès l'année 1868.

Le demandeur Jules Wulliens est né le 16 avril 1871 et a été inscrit aux registres de l'état civil de la paroisse de l'Isle comme fils légitime de L^me^-G^te^ née Waridel et de F.-L. Wulliens, absent.

Le 25 août 1874, L^me^-G^te^ née Waridel requit et obtint au Tribunal de Cossonay un jugement prononçant son divorce d'avec F.-L. Wulliens et ce pour cause d'abandon de la part de celui-ci.

Le 21 février 1876, la défenderesse épousa M.-R. Maget.

Ce dernier se prétend père du demandeur; il l'a toujours reconnu publiquement comme son propre fils; il l'a élevé et entretenu dès sa naissance comme tel et la défenderesse L^me^-G^te^ Maget a également toujours élevé le demandeur comme

---

[1]) Vgl. jetzt auch das Urtheil des Bundesgerichts, das sich auf Recurs des Jules Wulliens incompetent erklärt hat, in A. S. d. b.-g. Entsch. XIII. 40 f. und den Hauptinhalt davon oben Nr. 91.

étant le fils de M.-R. Maget; Jules Wulliens demeure actuellement à l'Isle dans le domicile de M.-R. Maget et de L^me^-G^te^ Maget née Waridel.

C'est ensuite de ces faits que Jules Wulliens, se prétendant fils de M.-R. Maget, a ouvert action contre M.-R. Maget, L^me^-G^te^ Maget née Waridel, la Commune de l'Isle et François-L. Wulliens, pour faire prononcer qu'il est légitimé par le mariage de la mère Louise-Georgette née Waridel et du second mari de celui-ci, M.-R. Maget.

Les co-défendeurs M.-R. Maget, Louise-Georgette née Waridel et la Commune de l'Isle ont passé expédient sur les conclusions prises par le demandeur.

Statuant sur ces faits et vu le préavis du substitut du Procureur général, le Tribunal civil du district de Cossonay a débouté le demandeur de ses conclusions.

Jules Wulliens a recouru contre ce jugement, mais son recours a été écarté par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant qu'il résulte des faits de la cause que le demandeur est né le 16 avril 1871, soit pendant la durée du mariage conclu le 22 mars 1864 entre F.-L. Wulliens et L^me^-Georgette née Waridel, ce mariage n'ayant été rompu par le divorce que le 25 août 1874.

Que son acte de naissance lui donne la qualité de fils légitime de F.-L. Wulliens.

Que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (Cc. 162).

Que F.-L. Wulliens était absent depuis le 1^er^ juin 1868, soit depuis près de 3 ans avant la naissance du demandeur.

Que, nonobstant cette circonstance et l'art. 162 2^e^ al. Cc. qui l'autorisait à désavouer l'enfant, il n'a pris aucune mesure de ce genre.

Que l'action en désaveu d'enfant appartient au mari seul, sauf le cas exceptionnel prévu par l'art. 167 Cc.

Que, dès lors, Jules Wulliens, n'ayant pas été désavoué par F.-L. Wulliens, est le fils légitime de celui-ci.

Attendu que la Constitution fédérale et la loi fédérale sur l'état civil autorisent la légitimation par mariage subséquent des enfants nés lors du mariage.

Mais qu'il ne peut être question d'une telle légitimation que s'il est juridiquement établi que l'enfant dont on demande la légitimation est bien le fils des époux.

Qu'en l'espèce, au contraire, il existe au profit du demandeur une présomption juridique d'après laquelle il doit être considéré comme enfant légitime de F.-L. Wulliens.

Que cette présomption ne peut être surmontée que par le désaveu exprès du premier mari de sa mère ou des héritiers de celui-ci dans le cas prévu à l'art. 167 Cc., à l'exclusion de toute autre preuve quelconque.

Que, notamment, la circonstance que Marc-Rodolphe Maget a toujours publiquement reconnu Jules Wulliens comme étant son fils et l'a toujours élevé et traité comme tel ne saurait infirmer la présomption légale résultant des inscriptions qui figurent dans l'acte de naissance du demandeur.

Considérant que, dès lors, pour que Jules Wulliens pût être légitimé par le mariage subséquent de sa mère avec M.-R. Maget, il aurait fallu qu'il eût été désavoué par F.-L. Wulliens et qu'il eût ainsi perdu sa qualité de fils légitime de ce dernier.

Que, ce désaveu n'étant pas intervenu, le demandeur n'est pas fondé à réclamer une filiation légitime contraire à celle qui résulte de son extrait de naissance.

---

**109.** *Transport par chemins de fer. Retard causé par expédition en petite vitesse contrairement aux ordres de l'expéditeur. Responsabilité. Loi féd. sur les transp. par ch. d. f. du 20 mars 1875, art. 36.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 14 avril 1887 dans la cause Hufschmid c. S. O.-S.

Le 14 novembre 1885, la Société d'Escaut et Meuse au Val Benoit, Liège (Belgique), a expédié en grande vitesse à R. Hufschmid, à Genève, un colis tubes chaudière. La marchandise a subi un retard considérable et est arrivée à Genève le 24 novembre, soit dix jours après l'expédition. Hufschmid a réclamé une indemnité de 400 fr. La compagnie des chemins de fer de l'Est et la compagnie des chemins de fer de l'Etat belge, mises en cause, sont intervenues au procès, et le représentant de cette dernière compagnie, reconnaissant que la faute avait été commise sur le réseau de celle-ci, a offert pour toute réparation la somme de fr. 17. 55. moitié des frais de transport de la marchandise, cela à forme du tarif international du 1er février 1884. Le Tribunal a admis les conclusions du demandeur, en les réduisant toutefois à 150 fr.

Motifs: Attendu que le tarif international du 1er février 1884, qui est applicable à l'espèce, puisqu'il s'agit d'un contrat passé en Belgique, prévoit que, pour la grande vitesse, la remise de la moitié des frais de transport constitue l'indemnité due en cas de retard de plus de trois jours; que ce tarif prévoit que si l'expéditeur veut s'assurer une indemnité

plus élevée, il doit indiquer, à l'endroit prévu *ad hoc* dans la lettre de voiture, la somme à laquelle il évalue le préjudice que le retard pourrait lui occasionner; que, dans ce cas, une taxe supplémentaire est perçue et que l'indemnité, s'il y a lieu d'en accorder, est évaluée d'après l'importance du préjudice justifié.

Attendu que l'expéditeur des marchandises n'a point usé de cette faculté; que, dès lors et des textes susrappelés, il résulte que soit la S. O.-S., soit la compagnie de l'Est sont au bénéfice des prescriptions de l'art. 36 de la loi fédérale, §§ 4, 5 et 6; qu'il est établi, en effet, que la faute a eu lieu avant la réception des marchandises des chemins de fer de l'Etat belge et que le recours est exclu, en dehors de la remise de moitié du coût de transport, par la loi et les règlements applicables.

Attendu que la moitié de ce coût est offert par portefort de l'avocat de la compagnie fautive et que, comme conséquence, s'il s'agissait d'un simple retard, Hufschmid aurait eu tort de refuser la dite somme.

Attendu que, dans le cas spécial, la question est autre; qu'il est constant que l'expéditeur a consigné, en Belgique, les dites marchandises pour être envoyées en grande vitesse; que la lettre de voiture, sa couleur rouge et les mentions imprimées qu'elle porte en font foi; que ce fait n'est, du reste, pas dénié.

Attendu qu'au mépris de leur engagement, les chemins de fer de l'Etat belge ont fait cette expédition par petite vitesse.

Attendu qu'il s'agit donc, en l'espèce, d'un retard survenu, non pas ensuite de l'exécution tardive d'un contrat, mais bien ensuite de la violation de la convention intervenue entre l'expéditeur, d'un côté, et le chemin de fer, de l'autre.

Attendu que le tarif, dont il est fait état, est édicté pour le premier de ces cas, mais nullement pour le second; que lorsque les chemins de fer reçoivent et se chargent de transporter par grande vitesse des marchandises qu'ils envoient, en réalité, par petite vitesse, ils violent dans leur essence même les conditions du contrat et se trouvent, quant aux conséquences de ce fait, sous le coup des règles du droit commun; que ce principe est d'autant plus équitable qu'on peut supposer que l'expéditeur — en dehors même de la promptitude plus grande — avait d'autres motifs pour expédier ses marchandises par grande vitesse.

**110.** *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken. Der Markenschutz muss auch gewährt werden für Waaren, welche in einem Kanton aus sanitätspolizeilichen Gründen nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden dürfen.*

**Zürich.** Beschluss der Appellationskammer vom 1. März 1887 in Sachen gegen L. Fleischmann.

Motive. Die Annahme, dass die von den Geschädigten mit der Marke versehene Waare als Geheimmittel im Kanton Zürich nicht vertrieben werden dürfe und daher auch die Marke keinen gerichtlichen Schutz verdiene, scheint zunächst mit verschiedenen bei den Akten liegenden Verfügungen der Sanitätsdirektion im Widerspruch zu stehen. Allein wie dem auch sei, die Thatsache, dass eine Waare im Kanton Zürich gar nicht oder nur bedingungsweise verkauft werden darf, entbindet den zürcherischen Richter nicht, das Waarenzeichen in den durch die Eintragung erworbenen Rechten zu schützen, denn das Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken macht keine bezügliche Ausnahme, und Bundesrecht geht vor dem kantonalen Recht. Es kann auch nicht gesagt werden, dass deshalb, weil den Kantonen die Sanitätspolizei zustehe, ihnen folgerichtig auch vorkommendenfalls die Nichtbeachtung des Markenschutzgesetzes überlassen bleiben müsse, denn es ist nicht einzusehen, wieso die gerichtliche Verfolgung dessen, der seinem verbotenen Produkt eine nachgeahmte Marke aufklebt, die Ausübung der Sanitätspolizei irgendwie erschweren oder verunmöglichen könnte.

---

**111.** *Bewilligung der Nachtarbeit in Fabriken berechtigt nicht zu Verwendung von Knaben zu derselben. Bundesges. betr. die Arbeit in den Fabriken v. 23. März 1877, Art. 11 ff.*

**St. Gallen.** Urtheil des Cantonsgerichts v. 9. Juni 1886 i. S. X.

X., Inhaber eines Appreturetablissements, hatte von der zuständigen Amtsstelle für 14 Tage die Bewilligung zu Verlängerung der Arbeitszeit von 1/2 8 bis 1/2 10 Uhr Abends erhalten und dabei auch drei Knaben unter 18 Jahren zur Arbeit verwendet. Desshalb zur Strafe eingeleitet brachte er vor, unter Nachtarbeit im Sinne von Art. 16 Abs. 3 des Fabrikgesetzes sei nur die Nachtarbeit bei continuierlichem Betriebe verstanden, nicht die bei amtlich bewilligter Verlängerung der normalen Arbeitszeit in die Nachtstunden eintretende. Ferner sei die Bewilligung ohne Beschränkung auf das erwachsene Personal ertheilt worden. Endlich wäre sie in Beschränkung auf Erwachsene für ihn nutzlos gewesen.

Das Cantonsgericht verurtheilte ihn wegen Uebertretung des B.-G. zu einer Geldbusse von Fr. 20, in Betracht:

Nach Art. 16 Abs. 3 des cit. Ges. ist die Nachtarbeit von jungen Leuten unter 18 Jahren grundsätzlich untersagt, wogegen bei continuierlichem Betriebe dem Bundesrath lediglich die Befugniss eingeräumt ist, unter gewissen Voraussetzungen die Verwendung von jungen Leuten ausnahmsweise zu gestatten; durch diese Ausnahmsbestimmung ist gerade bestätigt, dass bei nicht continuierlichem Betriebe jede Nachtarbeit für so junge Leute verboten ist. Dieses klare Verbot im Gesetze braucht in der bezirksamtlichen Verlängerungsbewilligung nicht ausdrücklich wiederholt oder bestätigt zu werden, zumal es dem Bezirksamte doch nicht zukommen könnte, das gesetzliche Verbot aufzuheben oder zu beschränken. Die Frage, ob der Appreturbesitzer von einer auf das erwachsene Personal beschränkten Arbeitszeitverlängerung überhaupt zweckdienlichen Gebrauch machen könne oder ob für ihn vermöge der Natur seines Gewerbebetriebs ein Ausschluss der jungen Leute die Verlängerung unannehmbar und werthlos machen müsste, ist nicht vom Amte, welches die Bewilligungen ertheilt, sondern einzig vom Gesuchsteller selbst zu erwägen.

---

**112.** ***For de la faillite de la succession d'un Suisse domicilié en France. Art. 5, 6 et 10 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869.***[1])

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 19 avril 1887 dans la cause Union du Crédit c. succession Rittener.

L.-G. Rittener, originaire de Château-d'Oex (Vaud), est décédé le 11 novembre 1886 à Paris, où il était établi comme négociant. Conformément à l'art. 5 de la convention franco-suisse de 1869, sa succession a été ouverte à son lieu d'origine, soit à Château-d'Oex, mais elle a été répudiée par tous les héritiers.

L'Union vaudoise du Crédit, créancière de défunt Rittener pour des valeurs importantes, a alors demandé au Président du Tribunal du District du Pays d'Enhaut de prononcer la discussion des biens de la succession vacante, mais ce magistrat s'y est refusé et a au contraire envoyé les pièces à

---

[1]) Comp. Ch. Brocher, Commentaire pratique et théorique du traité franco-suisse, p. 54; E. Curti, Der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich, p. 84. Voir aussi l'arrêt Lagorrée rendu le 1er juin 1877 par le Tribunal fédéral, Rec. off. III, p. 321.

Paris, la faillite devant être prononcée en France, conformément à l'art. 6 de la convention de 1869.

L'Union du Crédit ayant recouru contre cette décision au Tribunal cantonal, celui-ci a écarté le recours

Motifs: Considérant que l'art. 5 du traité franco-suisse de 1869 vise les actions relatives à la liquidation ou au partage de successions testamentaires ou ab intestat, ainsi que les difficultés concernant les comptes à faire entre les héritiers ou légataires du défunt.

Considérant que, dans l'espèce, il ne s'agit point d'une difficulté de ce genre, puisque la demande de l'Union vaudoise du Crédit tend à faire prononcer la discussion de la succession Rittener.

Que cette demande ne concerne nullement les héritiers ou légataires visés à l'art. 5 du traité, mais qu'elle est formée par un des créanciers de ladite succession.

Considérant que cet art. 5, invoqué par la recourante, n'est dès lors pas applicable à l'espèce.

Considérant que c'est au contraire l'art. 6 qu'il s'agit d'interpréter ici, puisqu'il vise les cas de faillite.

Considérant que ledit article a une portée beaucoup plus générale que celle que lui attribue la recourante.

Qu'il résulte des termes de cette disposition que le for de la faillite n'est pas celui du lieu d'origine, comme pour l'ouverture de la succession (art. 5) ou de la tutelle (art. 10), mais bien la résidence soit le dernier domicile, lieu où généralement se trouvent et les biens du failli et les personnes intéressées dans la masse.

Considérant que le dernier domicile de Rittener ayant été Paris, le jugement prononçant la faillite de sa succession, ainsi que la liquidation de la masse, est bien de la compétence du juge français.

Considérant que si les dispositions des premiers paragraphes de l'art 913 du Code de procédure civile vaudois étaient bien applicables à la succession Rittener, il n'en est pas de même de la dernière partie de cet article.

Que l'Union vaudoise doit, dès lors, s'adresser aux tribunaux français et leur demander de procéder à la liquidation de la succession de L. Rittener, conformément aux lois françaises sur la matière.

## A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

113. *Art. 10, 184 und 199 O.-R. Gilt für die Uebereignung geschenkter Sachen und Forderungen (Cession) eidgenössisches oder kantonales Recht?*

Daraus, dass das kantonale Recht die Form der Schenkung bestimmt (Art. 10 O.-R.), und demgemäss nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist, ob eine Schenkung (einer Forderung oder einer beweglichen Sache) formlos verbindlich ist oder zu ihrer Gültigkeit einer bestimmten Form bedarf, — folgt nicht, dass auch für die Uebereignung des geschenkten Objektes an den Beschenkten schlechthin kantonales und nicht eidgenössisches Recht gelte; vielmehr muss zwischen dem der Uebereignung zu Grunde liegenden Schenkungsvertrag und der Uebereignung selbst unterschieden werden. Für erstere gilt gemäss Art. 10 O.-R. stets kantonales, für letztere dagegen je nach der Natur des geschenkten Objektes bald kantonales bald eidg. Recht; kantonales, wenn es sich z. B. um Liegenschaften, — eidg. Recht, wenn es sich um bewegliche Sachen oder (nicht grundversicherte) Forderungen handelt. Das eidg. O.-R. regelt die Uebereignung von beweglichen Sachen und von (nicht grundversicherten) Forderungen ganz allgemein, mag das der Abtretung zu Grunde liegende Verhältniss Schenkung, Kauf, Leistung an Zahlungsstatt oder welches immer sein; so wenig seit dem Inkrafttreten des Obligationenrechts in Folge Vertrags Eigenthum an einer beweglichen Sache aus irgend welcher causa anders als durch Besitzübergabe oder was ihr gleich steht, übertragen werden kann, so wenig kann eine (nicht grundversicherte) Forderung anders als gemäss den einschlagenden Bestimmungen des eidg. O.-R. wirksam übertragen werden. Demnach gilt Art. 184 Abs. 2 O.-R. auch für schenkungsweise Cessionen. (Entsch. v. 4. Juni 1887 i. S. Amberg c. Amberg.)

114. *Art. 110 ff. O.-R. Schadensersatzforderung wegen vertragswidrigen Handelns. Beweis des Kausalzusammenhangs.*

W. B. hatte sich gegenüber G. für eine Schuld des Th. B. im Betrage von 200,000 Fr. verbürgt, und dabei die weitere Verpflichtung übernommen, für den Fall, dass er während der Dauer des Schuldverhältnisses seine Mutter, Frau L., beerben sollte, von seinem Erbtheile den Betrag von 200,000 Fr. in guten Titeln demselben als weitere Sicherheit zu hinterlegen. Mit Rücksicht auf diese Verpflichtung des W. B., damit die von ihm dem G. zugesagte Garantie intakt bleibe, versprach die Familie des erstern, nämlich seine Mutter Frau L. und seine Geschwister, dem W. B., solange nicht dessen Verbindlichkeit gegenüber G. vollständig reglirt sei, keine Darlehen oder Vorschüsse irgendwelcher Art zu gewähren, noch irgendwelche Schenkungen zu machen, noch für seine Rechnung an Dritte irgendwelche Summen zu bezahlen oder zu verabfolgen, noch Bürgschaften oder andere Verpflichtungen, welcher Art sie auch sein mögen, für ihn einzugehen.

Trotz dieser Verpflichtung bezahlte die Mutter des W. B. an Gläubiger desselben und auf Rechnung seines mütterlichen Erbtheils einen Betrag von im Ganzen 114,980 Fr. 60 Cts. aus. Durch diese Zahlungen wurde zufolge Verständigung mit den betreffenden Gläubigern eine Schuldenlast im Belaufe von 344,784 Fr. 45 Cts. getilgt. Später wurde W. B. wegen Verschwendung entmündigt, wobei sich herausstellte, dass er noch weitere bedeutende Schulden kontrahirt hatte. Bei dem kurz nachher erfolgten Tode der Mutter des W. B. belief sich, nach Abrechnung der Vorempfänge von (60,000 Fr. und) 114,980 Fr. 60 Cts. sammt Zins, dessen Erbtheil noch auf ca. 247,000 Fr. G. verlangte nunmehr von dem durch seinen Curator vertretenen W. B., derselbe habe ihm zur Sicherung seiner Forderung von restlich 151,655 Fr. 55 Cts. nebst Zins von dem angefallenen mütterlichen Erbtheil den Betrag von 200,000 Fr. in guten Werthtiteln zu übergeben und ihm daran ein erstes Faustpfandrecht in der gesetzlichen Form zu bestellen. Dieses Begehren wurde ihm gerichtlich zugesprochen. Als G. die Vollstreckung dieses Urtheils betrieb, übergab ihm der Vormund des W. B. die sämmtlichen noch vorhandenen Werthschriften seines Curanden und der Kläger übernahm dieselben auf Rechnung seines Guthabens zu Eigenthum. Der Werth dieser Titel betrug, da nach dem Tode der Frau L. aus dem Erbtheile des W. B. zu Abfindung anderer Gläubiger desselben (mit durchschnittlich 45,5% ihrer Forderungen) weitere 164,873 Fr. 98 Cts. verausgabt worden

waren, nur noch 83,376 Fr. 90 Cts.; G. gerieth daher mit einer Summe von 77,013 Fr. zu Verlust, deren Ersatz er nunmehr von den Beklagten (den Geschwistern des W. B.) verlangt, weil diese sowie ihre Erblasserin Frau L. ihrer Verpflichtung zuwidergehandelt haben. Die Beklagten bestritten, dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verluste des G. und ihrem vertragswidrigen Handeln bestehe; allein die Klage wurde von allen Instanzen gutgeheissen. Dem bundesgerichtlichen Urtheile entnehmen wir folgendes:

Der Inhalt der von den Beklagten übernommenen Verpflichtung ist unzweifelhaft der, keine Zahlungen oder Leistungen irgend welcher Art an W. B. oder an Dritte auf seine Rechnung zu machen, durch welche der dem W. B. in der Theilung über die Verlassenschaft seiner Mutter dereinst zufallende Erbtheil geschmälert werden könnte. M. a. W. die von den Beklagten eingegangene Verpflichtung ging dahin, keinerlei Leistungen an oder für W. B. zu machen, welche von demselben in der Theilung über die mütterliche Verlassenschaft konferirt werden müssten. Der Zweck dieser Stipulation war der, die Erfüllung des von W. B. dem Kläger gegebenen Pfandbestellungsversprechens zu sichern, oder, genauer ausgedrückt, zu verhindern, dass durch Leistungen auf Rechnung künftigen Erbes der dem W. B. dereinst zufallende mütterliche Erbtheil geschmälert und damit die Erfüllung des von ihm gegebenen Pfandbestellungsversprechens gefährdet werde. Demnach frägt sich, ob die Beklagten deshalb verantwortlich seien, weil ihre Erblasserin Frau L. auf Rechnung des künftigen Erbtheils des W. B. an Gläubiger desselben Zahlungen bis zum Belaufe von 114,980 Fr. 60 Cts. geleistet hat. Unzweifelhaft ist zunächst, dass diese Zahlungen vertragswidrig waren; es kann in der That nicht bestritten werden, dass dadurch dem mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrage, welcher ausdrücklich jede Leistung auf Rechnung des künftigen Erbtheils des W. B. untersagte, zuwidergehandelt wurde. Wenn die Beklagten nichtsdestoweniger ihre Schadenersatzpflicht bestreiten, weil zwischen dem angegebenen vertragswidrigen Handeln und dem von G. erlittenen Verlust ein Kausalzusammenhang nicht bestehe, so stützen sie sich darauf, dass einerseits auch nach den fraglichen Zahlungen der Erbtheil des W. B. zu Befriedigung des Klägers ausgereicht hätte, andrerseits durch diese Zahlungen Schulden des W. B. in weit höherm Betrage getilgt worden seien; wäre dies nicht geschehen, so hätten die betreffenden Gläubiger mit dem vollen Betrage ihrer Forderungen in dem

alsdann unvermeidlichen Concurse des W. B. konkurrirt und G. hätte in Folge dessen jedenfalls einen zum mindesten ebenso grossen Verlust erlitten, als dies nunmehr geschehen sei. Diese Einwendung kann nicht als begründet anerkannt werden. Es steht fest, dass durch das vertragswidrige Handeln der Beklagten bezw. ihrer Erblasserin der dem W. B. aus der Verlassenschaft seiner Mutter zufliessende Erbantheil um einen Betrag geschmälert wurde, bei dessen Vorhandensein das Vermögen des W. B. zu vollständiger Befriedigung des Klägers ausgereicht hätte, auch wenn die nach dem Erbanfalle geleisteten Zahlungen an andere Gläubiger in gleicher Weise gemacht wurden, wie dies wirklich geschah. Wenn bei dieser Sachlage die Beklagten sich darauf berufen wollen, dass dennoch ihr resp. ihrer Erblasserin vertragswidriges Handeln den Kläger nicht geschädigt habe, so trifft sie die Beweislast dafür, dass der dem Kläger erwachsene Schaden auch ohne den von ihnen begangenen Vertragsbruch eingetreten wäre. Ein solcher Beweis ist aber nicht erbracht. Es ist allerdings möglich, dass, wenn die vertragswidrigen Zahlungen unterblieben wären, die durch diese Zahlungen abgefundenen Gläubiger des W. B. nach dem Anfalle der mütterlichen Erbschaft an denselben, durch Geltendmachung ihrer Forderungen zum vollen Betrage, eine gänzliche Befriedigung des Klägers verhindert hätten. Allein sicher ist dies keineswegs, vielmehr ist ebensowohl möglich, dass es dem Kläger, trotz des Bestehens fraglicher Forderungen, gelungen wäre, volle Befriedigung resp. Sicherstellung aus dem Vermögen des W. B. rechtzeitig zu erlangen. Ebenso ist unerheblich, dass auch nach den vertragswidrigen Zahlungen, der Erbtheil des W. B. zur Befriedigung des Klägers noch ausgereicht hätte, sofern nicht aus demselben nach dem Tode der Erblasserin noch weitere Zahlungen an andere Gläubiger geleistet worden wären. Dieser Umstand wäre nur dann von Bedeutung, wenn den Kläger ein Verschulden daran träfe, dass er nicht volle Befriedigung erlangte. Dies ist aber gewiss nicht der Fall. Zum Vorhandensein des Kausalzusammenhanges im Rechtssinne ist der Bestand eines wirklichen ursächlichen Zusammenhanges zwischen Rechtsverletzung und Schaden wie erforderlich so auch genügend. Dieser Beweis ist hier geleistet, da dargethan ist, dass durch rechtswidriges Handeln der Beklagten dem Zugriffe des Klägers Vermögensobjekte entzogen wurden, welche zu seiner Befriedigung ausgereicht hätten. Darzuthun, dass der Schaden nicht auch ohne die Rechtsverletzung aus andern, von dieser

unabhängigen, Ursachen hätte eintreten können und eingetreten wäre, ist zum Nachweise des Kausalzusammenhanges nicht erforderlich; vielmehr haben die Beklagten, welche sich darauf berufen wollen, dass dies der Fall sei, ihrerseits hiefür den Beweis zu erbringen. Sache der Beklagten wäre es also in concreto gewesen, darzuthun, dass die vertragswidrig ausbezahlten Beträge auch ohne die vertragswidrige Auszahlung dem Zugriffe des Klägers entzogen worden wären. Ein solcher Beweis ist aber, wie bemerkt, nicht erbracht. (Entsch. v. 8. Juli 1887 i. S. Geigy c. Schuster u. Cons.)[1])

---

115. *Art. 200 und 202 O.-R. Uebergang des Eigenthums an Mobilien. Erfordernisse des Besitzerwerbs, speziell durch Stellvertretung des Veräusserers (constitutum possessorium). Unwirksamkeit einer solchen Besitzübertragung nach Art. 202 Abs. 2 ibidem, Voraussetzungen.*

A. K. trat seinen Kindern für deren Muttergutsansprache von Fr. 8896 am 5. November 1883 seine sämmtliche Fahrhabe ab. Die über dieses Rechtsgeschäft errichtete Urkunde ist unterzeichnet vom „Abtreter", vom ausserordentlichen Beistand der Kinder K. und vom Waisenvogt als „zugezogenen Beamten", welcher dabei erklärt, „es habe die Uebergabe der Fahrhabegegenstände am Tage der Ausstellung des Aktes in seiner Gegenwart und unter seiner Mitwirkung stattgefunden, in der Weise, dass A. K. dieselben seinen Kindern und deren Vertreter übergeben und letztere davon Besitz genommen haben." Dieser Akt wurde vom Gemeinderathe W. vormundschaftlich genehmigt und zwar in Erwägung: „1. Dass A. K. seinen vorgenannten Kindern pro zur Hand bezogenes Muttergut eine Summe von 8896 Fr. 58 Cts. schuldete; 2. dass derselbe erklärte, diesen Betrag dermalen nicht anders als durch Abtretung vorbenannter Fahrhabegegenstände sichern resp. tilgen zu können, welche Angabe glaubwürdig erscheint, da K. notorischermassen in bedrängten ökonomischen Umständen sich befindet; 3. dass laut ausdrücklicher Gesetzesvorschrift ein Ehemann von seiner Frau und deren Rechtsnachfolgern nicht an den Konkurs getrieben werden kann, sofern er denselben sein Vermögen, soweit nöthig, abtretungsweise überlässt."

---

[1]) Vergl. Windscheid, Pandekten (5. Aufl.) Bd. II S. 39 Note 15 und diese Revue Bd. II. S. 118 N° 86.

In dem kurz nachher ausgebrochenen Konkurse des A. vindizirten die Kinder K. die ihnen abgetretenen Fahrhabegegenstände; diese Ansprache wurde von den Beklagten, welche als Gläubiger im „Fahrenden" mit erheblichen Beträgen zu Verlust gerathen, bestritten. Die Vindication wurde jedoch gutgeheissen; dem bundesgerichtlichen Urtheil entheben wir folgende Gründe:

Eine körperliche Uebergabe des Besitzes durch Aushändigung der abgetretenen Sachen an die Kinder K. oder deren ausserordentlichen Beistand (Art. 200 Ziffer 1 O.-R.) hat allerdings nicht stattgefunden. Die Bescheinigung des „zugezogenen Beamten", dass die „Uebergabe" und „Uebernahme" der Sachen erfolgt sei, beweist eine solche nicht; vielmehr kann diese Bescheinigung sich nur auf eine verbale Uebernahme und Uebergabe des Besitzes, welche allerdings in Gegenwart der abgetretenen Sachen erklärt worden sein mag, beziehen. Dies ergibt sich schon aus dem Inhalte der Abtretungsurkunde selbst. Denn die Bestimmungen dieser Urkunde, insbesondere die dem Abtreter eingeräumte Befugniss, einzelne der abgetretenen Gegenstände zu veräussern, zeigen deutlich, dass die abgetretene Fahrhabe gar nicht den Kindern K. oder dem ausserordentlichen Beistande derselben ausgehändigt werden, sondern vielmehr in Gewahrsam des A. K. als Hausvaters und Familienhaupts verbleiben sollte. Sie ist denn auch in den der Verfügungsgewalt des A. K. als Eigenthümers und Familienhaupts unterworfenen Haus- und Wirthschaftsräumen desselben belassen und nicht etwa in Räumlichkeiten verbracht worden, welche durch Uebergabe der Schlüssel oder sonstwie der Verfügung der Kinder K. unterstellt worden wären; es kann also auch von einer Uebergabe durch Uebertragung solcher Mittel, welche dem Erwerber die ausschliessliche Verfügung über die Sache gewähren (Art. 200 Ziffer 2 O.-R.), nicht die Rede sein. Dagegen hat allerdings eine Besitz- und Eigenthumsübertragung in der Art stattgefunden, dass der Veräusserer als Stellvertreter des Erwerbers diesem den Besitz an den in seinem (des Veräusserers) Gewahrsam verbleibenden Sachen erwarb (Art. 202 Absatz 1 O.-R.). Alle Momente, welche das Gesetz für eine solche Besitzübertragung (durch constitutum possessorium) fordert, sind gegeben. Zunächst kann nicht zweifelhaft sein, dass der Wille, Besitz und Eigenthum an den im Gewahrsam des A. K. verbleibenden, abgetretenen Sachen auf die Kinder K. zu übertragen, bei beiden Parteien vorhanden und erklärt war. Das zeigt aufs unzweideutigste der gesammte Inhalt der Ab-

tretungsurkunde. Der Vater K. soll hinfort mit den abgetretenen Sachen nicht mehr als Eigenthümer nach Belieben schalten und walten dürfen, sondern dieselben nur mehr als Stellvertreter seiner Kinder besitzen. Desshalb verpflichtet er sich u. a., den Erlös von solchen Gegenständen, die er kraft der ihm ausnahmsweise eingeräumten Berechtigung veräussern sollte, in die Depositalkasse zu werfen. Freilich ist nicht ausdrücklich und wörtlich erklärt, dass der Vater K. hinfort als Stellvertreter der Kinder besitzen wolle. Allein eine solche ausdrückliche und wörtliche Erklärung fordert das Gesetz nicht; vielmehr genügt es, wenn der Wille der Parteien nur überhaupt unzweideutig geäussert ist, und es schadet daher nicht, wenn die Parteien sich bei Erklärung ihres Willens juristisch nicht zutreffender Ausdrücke bedienen, wie das hier geschehen ist, wo die Parteien von Uebergabe und Uebernahme des Besitzes in einer Weise sprechen, als wenn eine, doch offenbar nicht gewollte und nicht geschehene, körperliche Besitzübergabe stattgefunden hätte. Die blosse übereinstimmende Willenserklärung der Parteien, dass der Veräusserer fortan für den Erwerber besitzen wolle, genügt nun allerdings nach Art. 202 Absatz 1 O.-R. zur Besitz- und Eigenthumsübertragung durch constitutum possessorium nicht. Vielmehr fordert das Gesetz überdem, in Anlehnung an eine in der neuen Doktrin mehrfach (z. B. durch Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 143 u. ff., Windscheid, Pandekten 1 § 155) vertretene, andererseits dagegen (s. z. B. Randa, Besitz, 3. Aufl. S. 465 u. ff., Bähr, Urtheile des Reichsgerichtes mit Besprechungen, S. 67 u. ff.; Kohler, Abhandlungen, S. 7 u. ff., 36 u. ff.) freilich als unrichtig bekämpfte Lehrmeinung, dass das Verbleiben des Gewahrsams beim Veräusserer auf ein „besonderes Rechtsverhältniss“ als rechtfertigenden Grund (causa) sich stützen müsse. Allein auch ein solches, das Verbleiben des Gewahrsams beim Veräusserer rechtfertigendes besonderes Rechtsverhältniss ist hier in dem gesetzlichen väterlichen Niessbrauche des Abtreters an den erwähnten Fahrhabegegenständen gegeben. Das Gesetz fordert nicht, dass das „besondere Rechtsverhältniss“ ein obligatorisches sein müsse, oder wenigstens kein familienrechtliches, unmittelbar auf dem Gesetze beruhendes sein dürfe; der französische Text des Gesetzes spricht allerdings davon, dass der Gewahrsam beim Veräusserer zurückbleiben müsse „en vertu d'une convention spéciale,“ so dass behauptet werden könnte, er schliesse die unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden Rechtsverhältnisse, wie familienrechtlichen Niessbrauch u. dgl.

aus. Allein diese Fassung des französischen Textes kann angesichts des Umstandes, dass der deutsche und der italienische Text übereinstimmend ganz allgemein von einem „Rechtsverhältniss“ (rapporto giuridico) überhaupt sprechen, nicht massgebend sein, beziehungsweise das Gesetz muss dahin interpretirt werden, dass es genügt, wenn der Gewahrsam beim Veräusserer kraft Einverständnisses der Parteien zurückbleibt, mag nun dieses Einverständniss die Folge eines unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden Rechtes des Veräusserers oder einer vertraglichen Berechtigung oder Verpflichtung desselben sein. Auch die ratio legis spricht nicht für eine einschränkende Auslegung des Gesetzes. Der Grund, warum für die Tradition durch constitutum possessorium ein besonderes, den fortdauernden Gewahrsam des Veräusserers rechtfertigendes Rechtsverhältniss gefordert wird, liegt ohne Zweifel darin, dass man andernfalls eine Durchbrechung der Regel, dass das Eigenthum nicht durch blossen Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung übergehe, befürchtete (s. Exner a. a. O. S. 143 u. ff.). Desshalb wurde verordnet, dass die blosse Erklärung des Veräusserers, dass er Besitz und Eigenthum an der in seinem Gewahrsam verbleibenden Sache sofort auf den Erwerber wolle übertragen wissen, nicht genüge, vielmehr eine bestimmte causa für den fortdauernden Gewahrsam des Veräusserers erforderlich sei. Eine solche bestimmte causa, deren Vorhandensein es ausschliesst, dass die Erklärung der Besitzübertragung auch dann wirkt, wenn dieselbe eine „leere Formel“ ist, liegt aber offenbar ebensowohl in einem unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden, als in einem vertraglich begründeten Rechtsverhältnisse. Hat also die Uebertragung von Besitz und Eigenthum durch constitutum possessorium wirklich stattgefunden, so muss sich fragen, ob nicht dieselbe gemäss Art. 202 Absatz 2 O.-R. den Beklagten gegenüber unwirksam sei, weil eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt war. Das kantonale Gericht nimmt an, dass in dieser Richtung „im Wesentlichen“ die Voraussetzungen der sogenannten paullianischen Klage massgebend sein müssen und daher nach Art. 889 O.-R. das kantonale Recht zur Anwendung komme. Diese Aufstellung ist eine rechtsirrthümliche. Art. 202 Absatz 2 besagt nicht einfach, was ja auch angesichts des Art. 889 O.-R. durchaus überflüssig wäre, dass eine durch constitutum possessorium vollzogene Eigenthumsübertragung wie jede andere Rechtshandlung angefochten werden könne, wenn ihr gegenüber die Voraussetzungen der paullianischen Rechtsmittel nach kan-

tonalem Rechte begründet seien; er enthält vielmehr einen selbständigen Rechtssatz des eidgenössischen Rechts, welcher speziell die Wirkungen des constitutum possessorium normirt resp. beschränkt. Die Besitzübertragung durch constitutum possessorium wird Dritten gegenüber bundesgesetzlich allemal dann als unwirksam erklärt, wenn eine Benachtheiligung der Dritten beabsichtigt wurde, ohne alle Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen der paullianischen Klage nach kantonalem Rechte vorliegen oder nicht. Die, vom Gesetzgeber offenbar mit einigem Misstrauen aufgenommene, Besitzübergabe vermittelst Stellvertretung durch den Veräusserer wird eben in ihren Wirkungen einer Besitzübergabe nach Art. 200 Ziffer 1 und 2 nicht gleichgestellt, sondern ungünstiger behandelt, wie dies übrigens auch in andern Gesetzen (vergl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes I 2 S. 611) der Fall ist und insbesondere in mehreren schweizerischen Kantonalrechten der Fall war (vergl. z. B. Satz 432 des bernischen Civilgesetzes und § 288 des luzernischen bürgerlichen Gesetzbuches, welche beide den Gläubigern des Veräusserers ohne Weiters das Recht einräumten, durch constitutum possessorium tradirte, aber nicht „förmlich ausgelieferte" Sachen zur Konkursmasse desselben zu ziehen). Demnach ist denn z. B. nach Art. 202 Absatz 2 O.-R. eine Eigenthumsübertragung durch constitutum possessorium, sofern dabei eine Benachtheiligung Dritter, speziell anderer Gläubiger beabsichtigt war, selbst dann anfechtbar, wenn dadurch der Erwerber gerade dasjenige Objekt erhielt, welches er zu fordern hatte, und wenn in diesem Falle nach kantonalem Rechte die Paulliana cessirt.

Zum Thatbestande des Art. 202 Absatz 2 ist jedenfalls mehr nicht erforderlich, als dass bei der Tradition Veräusserer und Erwerber das Bewusstsein gehabt haben, dass in Folge der Veräusserung andere Gläubiger, die sonst ganz oder theilweise befriedigt worden wären, zu Verlust gerathen werden, d. h. ihre Aussicht auf gänzliche oder theilweise Befriedigung aus dem Vermögen des Veräusserers einbüssen. Eine weitergehende „betrügerische Absicht" ist nicht erforderlich; es kommt auch, sofern eine Benachtheiligung anderer Gläubiger nichtsdestoweniger eingetreten ist, nichts darauf an, ob dem Erwerber allfällig ein Concursprivileg für seine Forderung zustand. (Entsch. v. 20. Mai 1887 i. S. Schwegler c. Kinder Kaufmann.)

116. *Art. 231 u. 882 O.-R. Kaufverträge über Liegenschaften. Unanwendbarkeit des eidg. O.-R. dem Gegenstand und der Zeit nach.*

In einem Falle, in welchem streitig war, ob Beklagte einen im Jahre 1868 als Verkäufer abgeschlossenen Kaufvertrag durch die im Jahre 1873 erfolgte Uebergabe einer Urkunde über ein Wasserrecht erfüllt haben, sprach sich das B.-Gericht dahin aus: Da nach Art. 231 O.-R. für Kaufverträge über Liegenschaften das kantonale Recht gilt, so ist das B.-Gericht zur Beurtheilung des Streitfalles gemäss Art. 29 Organis.-Ges. schon sachlich nicht kompetent. Auch der Zeit nach wäre übrigens gemäss Art. 882 Abs. 1 u. 2 O.-R. kantonales Recht anwendbar. Der Umstand, dass die Leistung, in welcher das kantonale Gericht die Erfüllung des Vertrages erblickt, seit 1. Januar 1883 erfolgte, ist für die zeitliche Rechtsanwendung gleichgültig. Denn streitig ist nicht, ob diese Leistung wirklich geschehen sei, oder ob die Erfüllungshandlung an sich, als besonderes Rechtsgeschäft betrachtet, gültig oder, etwa wegen mangelnder Handlungsfähigkeit, ungültig sei, sondern streitig ist bloss, ob dieselbe dem Inhalte des Vertrages von 1868 entspreche, d. h. streitig sind nur die rechtlichen Wirkungen dieses Vertrages selbst. (Entsch. vom 10. Juni 1887 i. S. Zwicki c. Boner u. Walser.)

---

117. *Art. 209 O.-R. Traditions- und Dispositionspapiere; Begriff und Erfordernisse.*

Der Kornhändler St. verkaufte an H. eine Parthie Weizen, welche sich auf seinem Lager im Lagerhause der N.-O.-B. befand. Dem Käufer händigte St. Bezugsscheine aus, folgendermassen lautend: „Die Lagerhausverwaltung der schweiz. N.-O.-B. in R. wird hiemit ersucht, von unserm Lager Nr. ..... in Originalsäcken abgewogen franco an H. in T. nach Station T. zu versenden.“ In dem später zwischen H. und der Konkursmasse St. ausgebrochenen Eigenthumsstreite behauptete H., er habe das Eigenthum an der streitigen Waare durch Aushändigung der Bezugsscheine seitens des Verkäufers gemäss Art. 209 O.-R. erworben. Hierauf erwiderte das B.-Gericht: Die Bezugsscheine sind keine, die Waare im Sinne des Art. 209 O.-R. vertretenden Traditions- oder Dispositionspapiere, wie Lager- oder Ladescheine u. dgl. Lager- oder Ladescheine sind Papiere, welche ein Versprechen des Frachtführers oder Verwahrers einer Waare enthalten, dieselbe an den legitimirten Inhaber des Papiers auszuliefern, und welche eben desshalb im Verkehr als Repräsentanten der

Waare fungiren. Die hier in Frage stehenden Bezugsscheine enthalten ein solches Versprechen nicht, sondern lediglich eine Weisung (einen Auftrag) des Veräusserers an die Lagerhausverwaltung, die Waare dem Erwerber zu liefern; sie können also in Bezug auf ihre rechtliche Natur und Wirkung dem Lager- und Ladescheine keineswegs gleichgestellt werden. (Entsch. v. 25. Juli 1887 i. S. Stürzinger c. Hauser.)

---

118. *Art. 357, 360 u. 361 O.-R. Werkvertrag; Haft des Unternehmers für Mängel. Untersuchungs- und Rügepflicht des Bestellers; Art und Zeit der Untersuchung.*

Am 6. August 1886 übersandte M., Inhaber einer Zwirnerei, dem Färber H., mit welchem er seit Jahren im Geschäftsverkehr steht, eine kleine Parthie Stickgarne mit Farbenkarte, wovon 30 Pfd. schön marinenblau zu färben waren; am 19. Oktober gl. J. übersandte M. dem H. eine grössere Parthie Stickgarne, welche innert der Frist von 3 Tagen „dunkelblau", „hellblau" und „olive" „nach Muster" so solid als immer möglich gefärbt werden sollten. H. führte diese Aufträge aus und lieferte den ersten Posten am 7. August, den zweiten am 21. Oktober 1886 dem Besteller ab. Dieser verkaufte, nachdem er lediglich die Farbennüancen geprüft, eine Untersuchung auf die Solidität (Waschächtheit) der Farben dagegen unterlassen hatte, die Waare an St. in St. Gallen und zwar zum Preise von Fr. 347. 50. Die Käufer verwendeten das Garn zum Sticken und sandten dann die bestickte Waare zur weiteren Bearbeitung — Auswaschung — an den Appreteur. Da sich nun aber nach der Behauptung der Käufer herausstellte, dass das Garn „unsolid" gefärbt war, so stellten dieselben dem M. am 13. Dezember 1886 die Waare zur Verfügung, indem sie eine Schadenersatzforderung von Fr. 3151. 05 geltend machten. M. erkannte diese Reklamation und forderte nun seinerseits von H. am 16. Dezbr. 1886 und 6. Januar 1887 Bezahlung der Fr. 3151. 05 gegen Rücknahme der Waare. H. bestritt diese Forderung, indem er in erster Linie geltend machte, der Kläger habe die Mängelrüge nicht rechtzeitig gemacht. Diese Einwendung wurde von allen Instanzen für begründet erachtet und demnach die Klage abgewiesen. Dem bundesgerichtl. Urtheile entnehmen wir folgendes: Es ist dem Vorderrichter darin beizutreten, dass der Kläger die Mängelanzeige nicht rechtzeitig erstattet hat und dass daher das Werk gemäss Art. 357 Abs. 1, 360 u. 361 O.-R. als stillschweigend genehmigt gelten

muss. Nach den citirten Gesetzesbestimmungen ist der Besteller verpflichtet, das Werk nach seiner Ablieferung sofort, d. h. sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, auf seine Beschaffenheit hin zu prüfen und den Unternehmer von allfälligen Mängeln in Kenntniss zu setzen. Unterlässt er dies, so gilt das Werk als stillschweigend genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, welche bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer arglistig verschwiegen wurden. Da letzteres vorliegend nicht behauptet ist und da im fernern klar am Tage liegt, dass, sofern es sich um Mängel handelt, die bei ordnungsmässiger Prüfung erkennbar waren, die erst im Dezember 1886 erstattete Mängelanzeige jedenfalls verspätet ist, so hängt die Entscheidung ausschliesslich davon ab, ob der behauptete Mangel der Waschunächtheit als ein bei ordnungsmässiger Prüfung erkennbarer zu betrachten ist oder nicht, d. h. es fragt sich ausschliesslich, ob die vom Gesetze wie von guter Verkehrssitte dem Besteller zur Pflicht gemachte ordnungsmässige Prüfung auch eine Untersuchung der gefärbten Waare auf die Waschächtheit der Farbe erforderte. Dies ist in Uebereinstimmung mit dem Vorderrichter zu bejahen. Die Untersuchungspflicht des Bestellers eines Werkes (wie des Käufers einer Waare) erstreckt sich nicht nur auf offenbare, augenfällige Mängel, sondern überhaupt auf die ganze Beschaffenheit des Werkes, sofern dieselbe überhaupt durch eine Untersuchung zu ermitteln ist, wie sie bei ordnungsmässigem Geschäftsbetriebe stattfindet und erwartet werden darf. Der Besteller hat also die Untersuchung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes oder Hausvaters vorzunehmen. Nun ist als von der Vorinstanz thatsächlich in beim Bundesgerichte gemäss Art. 30 O.-G. nicht anfechtbarer Weise festgestellt zu erachten, dass eine Prüfung gefärbter Garne auf ihre Waschächtheit hin (durch Auswaschen eines Strängleins von jedem Posten) leicht möglich und ohne besondere Kosten und Zeitaufwand, insbesondere ohne Verderb der Waare, ausführbar war. Bei dieser Sachlage ist gewiss festzuhalten, dass eine ordnungsmässige Prüfung auch auf die Waschächtheit der Farben sich erstrecken musste. Die bona fides des Verkehrs erforderte eine solche Prüfung um so dringender, als bei Zutagetreten eines Mangels nach inzwischen erfolgter weiterer Bearbeitung der gefärbten Waare ein Schaden sich ergeben musste, welcher in gar keinem Verhältnisse zu dem ursprünglichen Werthe der Waare stand, wie denn ja die Schadensberechnung des Klägers sich

annähernd auf das Zehnfache dieses Werthes beläuft. Allerdings hat der Kläger Zeugnisse einer Anzahl St. Gallischer, in der Stickereibranche als Fabrikanten oder Händler thätiger Firmen produzirt, welche sich übereinstimmend dahin aussprechen, es sei nicht üblich und gebräuchlich und wäre auch mit Umständlichkeiten und Schwierigkeiten verbunden, Stickgarne vor ihrer Verwendung zur Stickerei auf die Widerstandsfähigkeit der Farben während der Veredlung zu prüfen; diese Brauchbarkeit der Stickgarne zur veredelten Stickerei werde vielmehr allgemein als selbstverständlich vorausgesetzt. Allein auf diese Zeugnisse kann, selbst wenn man sie als beweiskräftig betrachtet, ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Das Gesetz macht dem Besteller ordnungsmässige Untersuchung zur Pflicht, nicht Untersuchung gemäss dem thatsächlichen, bei den Bestellern bestehenden, vielleicht gewohnheitsmässig nachlässigen Ortsgebrauch, welcher ja auch unter Umständen durch Vereinbarung einer verhältnissmässig kleinen Zahl von Kaufleuten in einer für die Unternehmer oder Lieferanten sehr beschwerenden Weise gestaltet werden könnte. Zum Nachweise eines rechtlich erheblichen Orts- oder Geschäftsgebrauches wäre jedenfalls erforderlich, dass dargethan würde, nicht nur, dass die Besteller (Stickfabrikanten oder Händler) thatsächlich die Prüfung der Waare auf Waschächtheit der Farben gewöhnlich unterlassen, sondern auch dass von den Unternehmern (Färbern) eine derart beschränkte Untersuchung als ordnungsmässig anerkannt werde. Von einem solchen Nachweise ist aber gar keine Rede. (Entsch. v. 16. Juli 1887 i. S. Mayer c. Hauser.)

---

**119.** *Art. 825 u. 827 u. 843 O.-R. Erfordernisse des eigenen Wechsels und des Ordrebillets. Sind eigene Wechsel an eigene Ordre gültig? Haft des Ausstellers eines ungültigen Wechsels.*

1. Die Bestimmung des Art. 724 Abs. 1 O.-R., wonach beim gezogenen Wechsel der Aussteller sich selbst als Wechselnehmer bezeichnen kann, gilt nicht für eigene Wechsel. Es folgt dies daraus, dass die Regel des Art. 724 Abs. 1 unter den auf den eigenen Wechsel anwendbaren Gesetzesbestimmungen nicht aufgeführt ist (Art. 827 O.-R.). Das Gesetz wollte eigene Wechsel an eigene Ordre nicht anerkennen, weil es als Essentiale des Wechsels die Benennung des Wechselnehmers verlangt, also den Inhaberwechsel ausschliesst (Art. 722 Ziff. 3 u. Art. 825 Ziff. 3 O.-R.). Und zwar müssen die Essentialien des Wechsels, also beim

Eigenwechsel die Benennung eines vom Aussteller verschiedenen Wechselnehmers, im Grundwechsel selbst enthalten sein; die im Wechsel an eigene Ordre mangelnde Benennung des Wechselnehmers kann nicht durch das Indossament (Vollgiro im Gegensatz zum Blancoindossament) nachgeholt werden; ein ungültiger Wechsel kann überhaupt nicht wirksam girirt werden. Der Umstand, dass der eigene Wechsel an eigene Ordre domizilirt ist, kann hieran nichts ändern.[1])

2. Aus dem gleichen Grunde, welcher den eigenen Wechsel an eigene Ordre als Wechsel unwirksam macht, kann derselbe auch nicht als indossabler Verpflichtungsschein im Sinne des Art. 843 O.-R. aufrecht erhalten werden.

3. Durch die Ausstellung eines Wechsels dokumentirt der Aussteller bloss den Willen wechselmässig haften zu wollen; ein anderweitiges Zahlungsversprechen an den Präsentanten der Urkunde gibt es nicht. Ist daher der Wechsel rechtlich ungültig, so haftet der Schuldner aus dem im Wechsel enthaltenen Zahlungsversprechen als solchem nicht. Ob überhaupt eine (civilrechtliche) Verpflichtung desselben begründet sei, ist lediglich nach dem der Wechselausstellung zu Grunde liegenden Verhältnisse zu beurtheilen, wobei der (ungültige) Wechsel bloss als Beweismittel unter Umständen in Betracht kommen kann. (Entsch. v. 21. Mai 1887 i. S. Bär c. Leu & Cie.)

---

**120.** *Art. 882 Abs. 1 O.-R. Versicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten und rechtliche Natur einer Lebensversicherungspolice; welches Recht ist in zeitlicher Hinsicht hiefür massgebend?*

1. Die Frage, ob ein vor Inkrafttreten des eidg. O.-R. abgeschlossener Versicherungsvertrag zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen worden sei, derart, dass durch den Vertrag selbst ein (bedingtes und betagtes) Recht des Dritten auf die Versicherungssumme begründet wurde, ist nach dem zur Zeit des Abschlusses geltenden kantonalen Rechte zu beurtheilen. Wird auch das Recht des Dritten erst mit dem Tode des Versicherten zu einer festen, einseitig nicht mehr entziehbaren Berechtigung, so ist doch die für den Rechtserwerb

---

[1]) Vgl. in diesem Sinne Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts Bd. 7 S. 192 ff., Bd. 16 S. 147. Contra Lebmann, Lehrbuch des Wechselrechts S. 351 Anm. 24.

des dritten Begünstigten grundlegende juristische Thatsache der Versicherungsvertrag; nach dem zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrags geltenden Rechte ist also nach Art. 882 Abs. 1 O.-R. zu beurtheilen, ob ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten abgeschlossen wurde und abgeschlossen werden konnte.

2. Für die rechtliche Natur einer Lebensversicherungspolice, ob dieselbe als Inhaberpapier oder als blosses Legitimationspapier zu betrachten sei, ist das zur Zeit ihrer Ausstellung geltende Recht massgebend.[1]) (Entsch. v. 4. Juni 1887 i. S. Amberg c. Amberg.)

---

**121.** *Art. 55 B.-Ges. betreffend die Beurkundung des Civilstands und die Ehe. Wirkung der nichtigen Ehe auf das Heimatrecht der Ehefrau und der Kinder. Anwendung dieser Gesetzesbestimmung in zeitlicher Hinsicht.*

1. Zu den „bürgerlichen Folgen einer giltigen Ehe", welche nach Art. 55 leg. cit. die nichtige Ehe in allen Fällen für die Kinder und insofern für die Ehefrau hat, als letztere sich beim Eheabschluss in gutem Glauben befand, gehört auch der Erwerb des Bürgerrechtes des Vaters bezw. Ehemanns. Die Nichtigerklärung der Ehe vernichtet daher deren Wirkung auf das Bürgerrecht der aus der nichtigen Ehe hervorgegangenen oder durch dieselbe legitimirten Kinder niemals und der Ehefrau nur insofern, als dieselbe zur Zeit der Eheschliessung sich in bösem Glauben befand. Die Kinder erwerben resp. behalten in allen Fällen das (in Folge der formrichtigen Trauung erworbene) Bürgerrecht des Vaters und die Frau tritt nur insofern in die Heimatangehörigkeit, welche sie vor dem Abschluss der Ehe hatte, zurück, als sie sich bei Eingehung der Ehe nicht in gutem Glauben befand.

2. Art. 55 leg. cit. findet auf alle Ehen Anwendung, welche nach dessen Inkrafttreten nichtig erklärt worden sind. (Entsch. v. 1. Juli 1887 i. S. Neuenburg u. Chaux-du-Milieu c. Freiburg u. Maules.)

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. II, S. 115 ff., Nr. 85.

## B. Entscheide cantonaler Gerichte.

122. *Betrug und Irrthum. Wirkung auf ein Rechtsgeschäft. Art. 20 und 28 O.-R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 8. April 1886 i. S. G. E. c. F. R.

Witwe E. H. verkaufte ihr Chemiseriegeschäft mit gesammtem Lager an F. R. und trat die Kaufpreisrestanz von Fr. 5000 dem G. E. ab. Als dieser den Betrag gegen F. R. einklagte, machte der Beklagte compensationsweise eine Entschädigungsforderung in gleichem Betrage geltend, gestützt auf angeblichen Betrug der Verkäuferin; dieselbe habe nämlich dem Käufer verschwiegen, dass sie unter der Anklage auf Brandstiftung in Untersuchung stehe und daher ihre Firma compromittirt sei. Das Obergericht erklärte die Compensationseinrede für unbegründet.

Motive: Von einem Betruge kann im vorliegenden Falle nicht gesprochen werden. Die gegen Witwe E. betreffend Brandstiftung durchgeführte Strafuntersuchung steht an und für sich mit dem verkauften Geschäfte in keinem Zusammenhang. Es war daher für die Verkäuferin keine Verpflichtung vorhanden, die Thatsache dieser Untersuchung dem Käufer mitzutheilen. In Folge dessen kann nicht gesagt werden, dass diese Verschweigung der Wahrheit widerrechtlich gewesen sei. Wollte vielleicht gesagt werden, dass in Hinsicht auf diese Strafuntersuchung, von welcher der Beklagte keine Kenntniss gehabt zu haben behauptet, bei ihm ein Irrthum über die Person des Gegencontrahenten nach Art 20 O.-R. vorgelegen habe, so wäre hierauf zu bemerken, dass dieser Irrthum kaum als ein wesentlicher betrachtet werden könnte. Abgesehen hievon lässt Art 28 den (einfachen) Irrthum bei Abschluss des Vertrages immer nur als Grund zur Aufhebung desselben berücksichtigen, sofern der Betroffene innert bestimmter Frist diese Aufhebung verlangt. Bekl. hat das nicht gethan und verlangt es auch jetzt nicht, sondern er beansprucht unter Aufrechthaltung des Vertrages einfach Entschädigung. Dieses muss aber aus dem Gesichtspunkte des Art. 28 als unstatthaft bezeichnet werden.

123. *Haftung für Beschädigung. Ausschluss der Haftpflicht durch eigenes Verschulden des Geschädigten. Art. 51 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 26. April 1887 i. S. X. c. H. Th. u. Cie.

Die in Zürich domicilirte Handelsfirma H. Thaysen & Cie. hatte an einen zürcherischen Rechtsagenten 28 Liter Weisswein à 55 Cts. per Liter verkauft. Der Kaufpreis wurde trotz wiederholter Mahnung, auf welche nur eine gröbliche Antwort erfolgte, nicht bezahlt, und es kam zur Betreibung und Pfändung. Sämmtliche, aus Hausrathsgegenständen und rechtslitterarischen Werken bestehenden Nummern wurden von der Ehefrau des Gepfändeten als Eigenthum angesprochen. Die Gläubiger verlangten den Eigenthumsausweis nicht und stellten das Begehren um Einleitung der Schuldbetreibung auf den Concurs. Als die Gläubiger trotz des Concurseröffnungsdekretes noch keine Zahlung erhalten hatten, schrieben sie dem Vorstand der Confidentia, Organ des schweizerischen Creditschutzvereins, dass er ihren Schuldner in der nächsten Nummer des Blattes unter der Rubrik „Leere Pfandscheine" publiciren möchte, was auch geschah. Am gleichen Tage, da die Publication erfolgte, bezahlte der Schuldner Kapital, Zinsen und Kosten. Darauf erfolgte die Wiederaufhebung des noch nicht publicirten Concurses. Die Rücknahme der Publication in der Confidentia konnte natürlich nicht mehr geschehen.

Nun belangte der Schuldner die Gläubiger zunächst auf Grund des Art. 50 O.-R., indem er eine Schadenersatzsumme von 1000 Fr. forderte, wegen Creditschädigung, eventuell auf Grund des Art. 55 wegen erheblicher Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen. Der Kläger wurde von beiden Instanzen abgewiesen, von der Appellationskammer aus folgenden Gründen:

Vor erster Instanz ist die Klage damit begründet worden, dass die Beklagten den Kläger mittelst der Publication in der „Confidentia" in seinen Berufsinteressen in erheblichem Masse geschädigt haben, allein der Kläger ist jeden diesfälligen Nachweis schuldig geblieben, namentlich in der Richtung, dass, wie er behauptet hat, in Folge der Publikation die Einnahmen in seinem Büreau „gestört" worden seien. Dafür, dass von einer ernstlichen Schädigung des geschäftlichen Credites des Klägers keine Rede sein kann, ist lediglich auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urtheiles zu verweisen.

Zweitinstanzlich hat der Kläger mehr darauf abgestellt, dass in der fraglichen Publikation unter allen Umständen

eine widerrechtliche Blossstellung und Herabwürdigung liege und dadurch seine persönlichen Verhältnisse ernstlich verletzt worden seien. Wenn nun auch zuzugeben ist, dass auch für moralische Leiden, die in rechtswidriger Weise zugefügt werden, eine Entschädigung zugesprochen werden kann, so steht der Gutheissung der Klage entgegen, dass den Kläger ebenfalls ein Verschulden trifft. Derselbe hat, nachdem ihn die Beklagten im December 1885, Januar und Februar 1886 in schonender Weise an die Zahlung der schon im Mai 1885 entstandenen Schuld gemahnt hatten und ihnen darauf nichts als die Anhebung des Rechtstriebes übrig blieb, sich mit Brief vom 26. Mai 1886 in beleidigender Weise gegen sie gerichtet und sodann die Betreibung bis zur Vertröstung der Auffallskosten vorrücken lassen. Wesentlich diesem durchaus verwerflichen Verhalten aber ist es zuzuschreiben, dass dann die Beklagten zu der Publikation Zuflucht nehmen zu können glaubten, und bei dieser Sachlage rechtfertigt es sich, in Anwendung der Bestimmung des 2. Satzes des Art. 51 des Obligationenrechtes, die Beklagten von jeder Ersatzpflicht zu entbinden.

---

124. *Haftung des Stallwirthes. Ausschluss derselben bei Aufnahme von Thieren aus Gefälligkeit. Art. 488 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 7. Mai 1887 in S. Schärer c. Gattiker.

Der Kläger Jakob Schärer und sein Begleiter Heinrich Schärer stellten beim Beklagten Gattiker im Gasthof zum „Schwan" ihre Pferde ein. In der Stallung wurde inzwischen das Pferd des Klägers von demjenigen des Begleiters geschlagen, so dass es in der Folge starb. Kläger belangte nun den Wirth auf Schadenersatz auf Grund des Art. 488 O.-R. Die Klage wurde sowohl erst- als zweitinstanzlich abgewiesen.

Gründe: Der Kläger Jakob Schärer und sein Begleiter Heinrich Schärer hielten mit ihren Fuhrwerken beim „Schwan" in Horgen nur an, um ihren Verwandten Metzger Arnold Wild, der die zu diesem Gasthof gehörige Metzglokalität wie auch die Stallung gemiethet hat, zu besuchen und bei ihm zu Mittag zu essen. Diejenigen Ausrüstungsgegenstände, die von den beiden Schärer nicht, wie die Fuhrwerke selbst, im Freien gelassen werden wollten (Decken, Peitschen, Chaisenkissen), wurden nicht etwa dem Wirthe, der allerdings zugegen war, zur Aufbewahrung übergeben, sondern dem Metzger A. Wild. Die Thätigkeit des Wirthes Gattiker scheint in

gar nichts anderem bestanden zu haben, als dass er eine Halfter herbeiholte, damit auch das zweite Pferd, für das im Stall keine vorhanden war, angebunden werden konnte. Nach allem handelte es sich von Seite des Gattiker lediglich um einen Gefälligkeitsdienst, wie denn auch die beiden Schärer und ihre übrige Begleitschaft offenbar lediglich aus Gefälligkeit, bevor sie der Einladung zum Mittagessen bei Metzger Wild folgten, bei ersterem kurze Einkehr hielten und etwas Wein tranken. Also trug der Beklagte Gattiker, auch wenn auf Grund der Ergebnisse des Beweisverfahrens angenommen werden wollte, es sei der Beklagte Gattiker als Besitzer des Gasthofs zum „Schwan" in Horgen und der zugehörigen Stallung als ein Stallwirth im Sinne von Art. 488 O.-R. zu betrachten, für die vorübergehend in seinem Stalle unentgeltlich placirten zwei Pferde nicht die Verantwortlichkeit des „Stallwirthes", und hat er nicht dafür aufzukommen, dass das Pferd des Klägers von dem seines Begleiters Heinrich Schärer durch einen Hufschlag tödtlich verletzt wurde.

---

125. *Wirkung des Verzichts bei einem Accommodemente dem Bürgen und Zahler gegenüber. Art. 129, 501, 495, 510 O.-R.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts vom 15. Jan. 1886 i. S. Bank in Luzern c. A. M.

Die Bank in L. forderte von A. M. 952 Fr. aus einer Contocorrenttorderung an Gebr. K., für welche sich A. M. als Bürge und Zahler verpflichtet hatte. Dieser wendete ein, da Klägerin ohne seine Mitwirkung im Concurse des Hauptschuldners dem gerichtlichen Accommodemente beigetreten sei und gemäss demselben sich mit 20% begnügt, auf 80% für ein- und allemal verzichtet habe, so sei auch seine (des Beklagten) Verpflichtung als Bürge und Zahler für diesen Theil der Forderung erloschen. Das Obergericht wies in der That die Klage in Bezug auf die 80% der Forderung ab.

Motive: Nach Art. 129 erlöschen mit dem Untergange der Forderung, mag solches durch Erfüllung oder auf andere Weise bewirkt werden, auch die Bürgschaften oder sonstige Nebenrechte, und gemäss Art. 501 wird durch Erlöschen der Hauptschuld der Bürge frei. Dass dieses auch vom Bürgen und Zahler gelten muss, kann nach Art. 495 nicht zweifelhaft sein, da hienach dieses Rechtsverhältniss von demjenigen der einfachen Bürgschaft sich einzig dadurch unterscheidet, dass der Bürge und Zahler auf die Rechtswohlthat

der Vorausklage sich nicht berufen kann. Wenn die Klägerschaft sich ihrerseits auf Art. 510 beruft, um darzuthun, dass sie dasjenige gethan habe, was hier im Concurse des Hauptschuldners dem Gläubiger zu thun vorgeschrieben ist, so kann hierauf nichts ankommen, denn auf die vom Beklagten erheblich gemachten Vorgänge beim Accommodemente der Gebr. K. haben die angerufenen Bestimmungen keinen Bezug.

---

126. *Bürgschaft. Enthält Art. 503 O.-R. zwingendes oder dispositives Recht?*

**Zürich.** Entscheid der Rekurskammer des Obergerichtes v. 1. Febr. 1887 i. S. Leihkasse Meilen-Herrliberg c. Stapfer.

Unterm 6. Nov. 1884 verpflichtete sich H. Stapfer gegenüber der Leihkasse M.-H. als Bürge und Selbstzahler für eine Schuld des Hch. Sträuli in Horgen von 300 Fr., in der Meinung, dass das ausgestellte Obligo bei Verfall nach Gutfinden erneuert werden könne, und dass die Bürgen bis zur gänzlichen Zahlung haftbar sein sollten. Das Obligo selbst wurde je auf 15. November und 15. Mai fällig. Mit Brief vom 11. Nov. 1885 kündete Stapfer die Bürgschaft auf den nächsten Verfalltermin, schon am 5. Nov. 1885 hatte die Kreditorin das Obligo bis 15. Mai 1886 erneuern lassen. Mit Rechtsbot vom 1. Juni betrieb sie den Hauptschuldner für Kapital und Zins und erhielt einen vom 6. Juli 1886 datirten leeren Pfandschein. Mit Rechtsbot vom 30. Nov. 1886 betrieb sie den Bürgen, welcher aber unter Hinweis auf seine Kündigung Rechtsvorschlag erhob, gegenüber welchem das Bezirksgerichtspräsidium Horgen mit Verfügung vom 3. Januar 1887 Rechtsöffnung verweigerte.

Die Rekurskammer erklärte die von der Leihkasse dagegen erhobene Beschwerde für begründet:

Gründe: Eine Kündigung der Bürgschaft an sich ist gesetzlich nicht zulässig; der Bürge kann nur entweder selbst bezahlen oder verlangen, dass der Gläubiger dem Schuldner künde oder ihn belange. Da sich nun aber in concreto die Bürgen verpflichtet haben, bis zur Tilgung der Schuld zu haften, und da sie ferner der Kreditorin das Recht einräumten, das Schuldverhältniss nach Gutfinden zu erneuern, so kommt Art. 503 O.-R. nicht zur Anwendung. Die Bürgen konnten sich nur durch Zahlung befreien.

Wollte man aber annehmen, es enthalte Art. 503 zwingendes, durch private Dispositionen nicht zu änderndes Recht, so käme Absatz 2 zur Anwendung, da die Fälligkeit im

Sinne von lemma 1 stets durch Erneuerung vermieden, beziehungsweise verschoben wurde. Es hätte also der Bürge rechtzeitig vor dem Verfalltermin das Begehren zu stellen gehabt, dass der letztere nicht mehr verschoben und die Forderung eingetrieben werde.

Dieses Begehren ist nun am 11. Nov. 1885 verspätet gewesen für den Termin vom 15. November, denn aus dem producirten Buchauszug ergibt sich, dass die Darstellung der Leihkasse, es sei das Obligo am 5. November schon erneuert worden, glaubhaft ist. Es konnte also, auch wenn man das formell unstatthafte Begehren als Aufforderung zur Beitreibung der Forderung auffassen wollte, die Schuld erst vom 15. Mai 1886 an eingefordert werden. Dies ist dann aber geschehen; jedoch ohne Erfolg. Wenn der Bürge glaubt, er sei durch das nachsichtige Vorgehen der Rekurrentin geschädigt worden, so liegt hiefür theils nichts vor, theils hätte er durch Zahlung und selbständiges Vorgehen dies jeder Zeit vermeiden können.

---

127. *Cautionnement. Diminution des sûretés garantissant la dette par la faute du créancier. Art. 508 C. O.*

**Vaud.** Arrêt du Tribunal cantonal du 6 juillet 1887 dans la cause Schenkel c. Marti.

Dame M. Marti avait loué à G. Schenkel sa maison à Lausanne; dans la convention de bail L. Schenkel s'était porté caution solidaire du preneur pour le paiement du prix. Pour parvenir au paiement du trimestre de loyer du 25 juin au 25 septembre 1885, dame M. signifia à G. Sch. un séquestre; l'huissier-exploitant mit sous le poids du séquestre 1900 litres de vin, son procès-verbal de cette opération dit: „les marchandises ci-dessus séquestrées ne sont pas déplacées, le débiteur promettant de ne pas les distraire et de les reproduire pour le jour de la vente, cas échéant. L'huissier ne peut nommer de gardien, personne dans la maison ne veut s'en charger.“ Par exploit du 7 octobre 1885, dame M. signifia à G. Sch. son congé pour le 24 mars 1886; lors du déménagement, qui eut lieu ce 24 mars, G. Sch. transporta les vins séquestrés à son nouveau domicile. Dame M. déposa une plainte, et G. Sch. renvoyé devant le Tribunal de police sous prévention de distraction d'objets saisis fut condamné à trois mois de réclusion. Dame M. ne pouvant obtenir de son locataire le paiement du loyer arriéré, s'adressa à L. Schenkel, caution du bail, mais celui-ci opposa aux conclusions prises contre

lui le moyen suivant: le séquestre a constaté l'existence de valeurs mobilières plus que suffisantes pour désintéresser la demanderesse, mais l'huissier n'a point pourvu à la garde des objets séquestrés et, lors du déménagement, dame M. n'a pas fait usage du droit de rétention que lui accorde l'art. 294 C. O., la faute du propriétaire est donc manifeste et la caution est libérée en vertu de l'art. 508 C. O. Le Tribunal de Lausanne a admis les conclusions de dame M. et le Tribunal cantonal a écarté le recours interjeté par L. Sch. contre ce jugement.

Motifs: Considérant que l'art. 294 C. O. ne déterminant pas la procédure à suivre pour l'exercice du droit de rétention, il y a lieu d'appliquer les dispositions des codes de procédure cantonaux, soit, dans l'espèce, l'art. 690, § b, du Cpc. vaudois;

Considérant que la demanderesse s'est bien conformée à ces articles de nos lois puisqu'elle a procédé par la voie de séquestres;

Considérant que si l'art. 684, § d, Cpc. dispose que l'huissier est chargé de pourvoir à la garde des objets séquestrés, il ne s'ensuit nullement qu'il ait l'obligation de nommer un gardien, mais qu'il peut agir suivant les circonstances;

Que, du reste, dans l'espèce, l'huissier a constaté à son procès-verbal qu'il n'avait pu trouver dans la maison une personne pouvant se charger de la garde des objets séquestrés et que le débiteur promettait de les représenter le jour de la vente;

Considérant que si dame M. n'a pu se faire payer de son loyer, c'est par le fait d'un délit commis par son débiteur;

Que, dans ces circonstances, l'art. 508 C. O. n'est pas applicable à l'espèce, la demanderesse n'ayant pas diminué les sûretés qui garantissaient la dette et n'ayant, par conséquent, pas engagé sa responsabilité à l'égard de la caution L. Sch.

---

128. *Firma. Bezeichnung eines Hotels mit einem bestimmten Namen ist keine solche, daher der Gebrauch des Namens gegebenen Falls unbefugt. Art. 876 O.-R.*

**Zürich.** Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 27. Aug. 1887 i. S. Dubs c. Arbenz-Näf.

Der frühere Pächter des Hotels Concordia in Zürich hatte mit Zustimmung des Eigenthümers den bisherigen Namen durch den Namen Hotel Dubs vertauscht. Nach Auflösung des Pachtverhältnisses behielt der Eigenthümer diese Bezeichnung bei, wogegen der frühere Pächter Dubs auf dem

Processwege Einspruch erhob, weil er dadurch in Nachtheil komme. Die Klage wurde von beiden Instanzen gutgeheissen.

Gründe: Der Kläger leitet seinen Anspruch auf Erlassung des Verbotes, künftighin den Namen Hotel Dubs als Hotelname zu gebrauchen, zunächst aus dem Firmenrecht ab, allein mit Unrecht. In Frage kann hier nur kommen, ob der Art. 876 O.-R. dem Kläger den geltend gemachten Anspruch garantire, beziehungsweise, ob die Klage auf Unterlassung der weitern Namensverwendung „Hotel Dubs" aus dieser Gesetzesstelle hergeleitet werden könne oder nicht, und dies ist zu verneinen. Diese Gesetzesstelle gibt eine Klage gegen den unbefugten Gebrauch einer Firma und zwar jedem, der dadurch beeinträchtigt wird. Voraussetzung ihrer Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall ist demnach vor Allem aus, dass sich die Verwendung des Namens „Dubs" als Hotelname durch den Beklagten als Gebrauch einer Firma darstelle, denn ist dies nicht der Fall, d. h. liegt eine Firmaführung überhaupt nicht vor, so kann sie natürlich weder als eine befugte noch als eine unbefugte bezeichnet werden, und nun ist dahin zu entscheiden, dass der Hotelname keine Firma ist. Unter dieser versteht man den Namen, unter welchem Jemand ein Geschäft betreibt, ohne Rücksicht darauf, ob dieses ein Handels- oder ein anderes Geschäft sei. Wenn man nun aber auch annehmen will, der Beklagte betreibe die Gastwirthschaft durch die Person eines Pächters, so geschieht das nicht unter dem Namen Dubs, sondern unter dem bürgerlichen Namen des Pächters, denn dieser braucht in seinem geschäftlichen Verkehr nach aussen nur den letztern, kontrahirt unter diesem und nicht unter dem Namen Dubs. Sein bürgerlicher Name ist also der Geschäftsname oder wenn man will, die Firma, und es könnte sich nur fragen, ob, wenn er dabei den Zusatz „Hotel Dubs" brauchen würde, dieser nicht als Bestandtheil der Geschäftsfirma betrachtet werden müsste, allein diese Frage kann hier unentschieden gelassen werden, weil nicht behauptet wird, dass der Beklagte beziehungsweise sein Pächter den Hotelnamen wirklich als Zusatz zum Geschäftsnamen brauche. Uebrigens wäre dieselbe wohl auch eher zu verneinen und dahin zu schliessen, dass der Hotelname nichts anderes als ein Hausname sei, und dessen Verwendung als Zusatz zur Firma sich nur als eine genauere Ortsangabe zur letztern darstelle. Wollte man aber einen derartigen Zusatz zur Firma auch wirklich als eigentlichen Bestandtheil derselben behandeln, so müsste er als nähere Bezeichnung der Person des Firmainhabers gelten und wäre

dann nach Art. 876 Abs. 2 O.-R. zulässig, wesshalb in diesem Falle zwar von einem Firmagebrauch, nicht aber von einem unbefugten gesprochen werden könnte. Eine andere Frage ist die, ob nicht eine analoge Anwendung der Grundsätze des Firmenrechtes, speziell des Art. 868 O.-R. auf den Fall zulässig sei, wo ein bereits bestehender Hotelname von einem Dritten am nämlichen Orte verwendet werden will, darauf braucht aber hier nicht eingetreten zu werden.

Der Kläger stützt nun aber seinen Anspruch in zweiter Linie darauf, dass Dubs sein Geschlechtsname sei und kein Dritter, der nicht ebenfalls so heisse, denselben verwenden dürfe. In dieser abstrakten Form kann indessen der Satz nicht anerkannt werden, denn von Eigenthum an einem Namen zu sprechen ist unthunlich. Dagegen folgt aus dem Character der Namensbezeichnung als Personenbezeichnung so viel, dass der Träger eines Namens gegen dessen Verwendung durch einen Dritten jedenfalls dann und insoweit Einsprache erheben kann, als dadurch auf seine Person hingewiesen und er durch diese Hinweisung in seinen Interessen oder persönlichen Verhältnissen beeinträchtigt oder wenigstens der nahen Gefahr einer solchen Beeinträchtigung ausgesetzt wird, oder wenn ihm auch ohne genügende Hinweisung auf seine Person sonst ein Schaden daraus erwachsen könnte. Es wäre entschieden zu weit gegangen, wollte man verlangen, dass die Verwendung eines fremden Geschlechtsnamens, um unerlaubt zu sein, für den Träger desselben immer einen ökonomischen Schaden nach sich ziehen und dass dieser überdem ein unmittelbar eintretender sein müsse. Es muss vielmehr schon die blosse Drohung eines solchen Schadens und ebenso die Verletzung oder Gefährdung anderweitiger Interessen oder persönlicher Verhältnisse genügen, um die Unerlaubtheit der fremden Namensverwendung auszusprechen, denn wenn man auch, wie schon angedeutet, abstract genommen nicht wohl von Eigenthum am Namen sprechen kann, so entspricht es doch nur der Natur der Sache, jeder Person gleichsam das erste Anrecht an ihren angestammten Namen zuzugestehen, und zwar in dem Sinne und Umfange, dass sie gegen jede Verwendung desselben protestiren kann, welche einen Eingriff in berechtigte Interessen derselben zur Folge hat oder sie auch nur der nahen Gefahr eines solchen Eingriffes aussetzt. So dürfte es z. B. keinem Zweifel unterliegen, dass die Verwendung eines fremden Namens in einem Sittenroman vom Träger desselben nicht geduldet zu werden braucht, wenn seine Person dadurch unliebsamen, verletzenden Anspielungen ausge-

setzt, die soziale Stellung derselben gefährdet wird (siehe Urtheil des tribunal civil de la Seine vom 15. Febr. 1882 in Sachen Duverdy ca. Zola, Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen Bd. I. pag. 61). Die Acceptation dieser, anscheinend vielleicht etwas weit gehenden Auffassung rechttertigt sich denn auch um so eher, als keinerlei Bedürfniss besteht, gerade fremde Geschlechtsnamen zu wirthschaftlichen Zwecken zu verwenden, vielmehr anderweitige, dafür ebenso dienliche Namen genug zur Verfügung stehen.

Davon ausgehend ist zu untersuchen, ob die Verwendung des klägerischen Geschlechtsnamens durch den Beklagten eine Verletzung berechtigter Interessen des Klägers zur Folge habe oder ihn wenigstens der steten Gefahr einer solchen aussetze, und diese Frage muss bejaht werden. Der Kläger hat die Gastwirthschaft im beklagtischen Hause während vier vollen Jahren und zwar unter dem mit seinem persönlichen Namen übereinstimmenden Hotelnamen „Dubs" betrieben. Dadurch ist allgemein bekannt geworden, dass der Inhaber des Hotel „Dubs" am Limmatquai identisch sei mit der Person des Klägers, mit dem ehemaligen, auch in dieser Eigenschaft allbekannt gewordenen Schützenhauswirth, und die Folge davon ist die, dass der Kläger in der Erinnerung des Publikums auch heute noch als Inhaber des „Hotel Dubs" fortlebt und seine Person offenbar noch lange Zeit mit diesem Namen in Verbindung gebracht werden wird, denn die Verbreitung der Thatsache, dass ein neuer Pächter eingetreten ist, kann sich, so lange das Gasthaus selbst den Namen „Dubs" trägt und dadurch das Publikum immer und immer wieder an den Kläger erinnert wird, nur langsam und schwer vollziehen. Die Verwendung eines Geschlechtsnamens als Hotelname erweckt naturgemäss immer die Vorstellung, dass der letztere die Person des Inhabers der Gastwirthschaft anzeige, und wenn nun dieses Verhältniss wirklich längere Zeit bestanden hat wie hier und der Gastwirth, der dem Hotel seinen Namen gab, eine allbekannte Person ist, so wird sich jene Vorstellung an die Person des letztern anklammern und nicht leicht zu beseitigen sein, um so weniger, wenn der neue Bewerber ein Interesse daran hat, diese Vorstellung fortwirken zu lassen, was gerade hier der Fall sein dürfte, und um so weniger, wenn der Eigenthümer des Hotels die Wirthschaft nicht selbst betreibt, sondern dieselbe verpachtet, und so die Möglichkeit eines vielfachen Wechsels in der Person des Gastwirthes eintritt. Hienach darf mit Sicherheit angenommen werden, dass die fortdauernde Ver-

wendung des Namens „Hotel Dubs“ für das beklagtische Gasthaus die Folge hat, dass Kläger auch zukünftig noch vielfach als der Inhaber und Bewerber des letztern angesehen wird, die weitere Verwendung seines Namens durch den Beklagten also eine Hinweisung auf seine Person zur Folge hat, ihn auch fernerhin als Bewerber des Gasthauses erscheinen lässt, währenddem er es nicht mehr ist.

Daraus entstehen zwei Nachtheile. Erstens schützt der Name des Klägers diesen nicht mehr vor Verwechslungen, währenddem das doch gerade der Zweck des Namens ist, und sodann wird die Art der Wirthschaftsführung durch den gegenwärtigen Pächter und seine Nachfolger vielfach dem Kläger zugeschrieben werden, und wenn nun auch nichts dafür vorliegt, dass diese zur Zeit eine schlechte, die dafür verantwortliche Person misscreditirende ist, so kann sie es doch werden, wie sie es nach Angabe beider Parteien im nämlichen Gasthaus zu früherer Zeit auch schon gewesen sein soll, und zwar ist die Möglichkeit jederzeit vorhanden, die Gefahr für den Ruf des Klägers eine stetige, und zwar um so mehr, als die Verpachtung der Gastwirthschaft einen vielfachen Wechsel in der Person des Inhabers herbeiführen kann. Ferner ist nicht zu vergessen, dass in einem Hotel auch zufällig sonst viel Unangenehmes passiren kann, wofür eben im Publikum dennoch der Wirth, sei es in Folge ungenügender Aufklärung oder Missverständnisses, verantwortlich gemacht und seine Person dadurch in Misscredit gebracht wird. Endlich macht der Kläger mit Recht darauf aufmerksam, dass sein Beruf der eines Gastwirthes ist, dass die Verhältnisse ihn jeden Augenblick zur Wiedereröffnung eines Gasthauses veranlassen können, dass sein eigener Name nach all dem Angeführten der richtigste wäre, um von ihm als Hotelname verwendet zu werden, und dass er nun aber denselben dennoch nicht wählen könnte, wenn ihn schon ein anderes Hotel am nämlichen Orte führen würde.

---

**129.** *Wohnsitzrecht und Heimatrecht in Vormundschaftssachen. Art. 46 B. V.*

**Thurgau.** Urtheil des Obergerichts vom 30. April 1886 i. S. des Waisenamtes Nieder-Neunforn c. Adam Gentsch.

Das Waisenamt zu N. N. stellte das Begehren, dass über A. G. von Nieder-Neunforn, aber in Räterschen (Zürich) niedergelassen, die Bevogtigung wegen Verschwendung verhängt werde. Dieser verlangte Abweisung der Klage ange-

brachter Massen oder zur Zeit, da die zürcherischen Gerichte sich zuerst darüber auszusprechen hätten, ob sie die Klage annehmen, weil er im Kanton Zürich wohne und in Thurgau in Bezug auf das Vormundschaftswesen das Territorialitätsprinzip gelte. Eventuell sei das klägerische Begehren auch materiell unbegründet.

Die erste Instanz wies die Klage angebrachter Massen und zur Zeit ab. In einem Urtheil des Obergerichts vom 25. September 1877 sei allerdings entschieden worden, dass der Durchführung der Bevogtigungsklage gegen einen thurgauischen Kantonsangehörigen im Kanton Zürich erhebliche Schwierigkeiten entgegenstünden und desshalb die Klage beim Gerichte des thurgauischen Heimatortes anzubringen sei. Allein seit Erlass dieses Urtheils sei ein grösserer Zeitraum verflossen und § 46 B. V. spreche den Grundsatz aus, dass in der Schweiz die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen sollen. Es sei die Bevogtigung desshalb in erster Linie durch die Behörde des Wohnorts des Beklagten an die Hand zu nehmen, und falls die zürcherischen Behörden dies verweigern sollten, bleibe der Klagpartei vorbehalten, die Klage hierorts wieder geltend zu machen.

Die von der Klagpartei gegen dieses Urtheil ergriffene Appellation wurde vom Obergericht für begründet erklärt.

Motive: In Thurgau gilt im Vormundschaftswesen als Regel das Territorialitätsprinzip, dagegen bestimmt § 252 pr. G.-B., dass die Vormundschaftsbehörden ermächtigt seien, auch Kantonsbürger, welche ausserhalb des Kantons leben, ausnahmsweise unter ihre Obervormundschaft zu nehmen. Diese Ausnahme von der Regel hat das Obergericht unterm 25. Sept. 1877 (Grundsätzliche Entscheidungen Nr. 34) im Hinblick auf Art. 46 B. V., welcher für die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen in der Regel Recht und Gesetzgebung des Wohnsitzes als massgebend erklärt, dahin interpretirt, dass eine Bevogtigungsklage gegen einen nicht im Kanton wohnenden Kantonsbürger nur in den Fällen bei den thurg. Gerichten angehoben werden könne, wenn von den Behörden des Wohnortes die Anhandnahme oder von den dortigen Gerichten die Beurtheilung der Klage abgelehnt werde. Dabei sei nicht im speziellen Falle ein bezüglicher Entscheid der ausserkantonalen Vormundschafts- oder Gerichtsbehörde erforderlich: es genüge der Ausweis, dass der Durchführung einer solchen Klage am Wohnorte des Beklagten erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen.

Im Kanton Zürich gilt in Bezug auf das Vormundschaftswesen das Recht des Heimatortes (§ 3 des zürcherischen priv. G.-B.) und sind nach § 357 leg. cit. die Vormundschaftsbehörden lediglich ermächtigt, auf solche, der Vormundschaft bedürftige Personen, welche nicht im Kanton Zürich verbürgert, aber darin wohnhaft sind, die Obervormundschaft auszudehnen, wenn deren Heimatsbehörden sich derselben nicht annehmen und nicht auf andere Weise für dieselben gesorgt wird. Das thurgauische Obergericht hat bereits 1877 sich mit der Anfrage an den zürcherischen Regierungsrath gewandt, ob die zürcherischen Administrativbehörden verpflichtet seien, die Bevogtigungsklage gegen einen im Kanton Zürich niedergelassenen Thurgauer an die Hand zu nehmen, und darauf folgende Antwort d. d. 8. September 1877 erhalten:

„Das zürcherische Privatrecht huldigt in Bezug auf das Vormundschaftswesen dem Heimatsprincip (§ § 3 und 353 priv. G.-B.). Es ist nur eine Ausnahmsbestimmung (§ 357), welche die hiesigen Vormundschaftsbehörden ermächtigt, auf solche der Vormundschaft bedürftige Personen, welche nicht im Kanton verbürgert, aber darin wohnhaft sind, die Obervormundschaft auszudehnen, wenn die Heimatsbehörden sich derselben nicht annehmen oder nicht auf eine andere Weise für dieselben gesorgt wird. Eine gesetzliche Pflicht zur Einleitung der Vormundschaft über Nichtkantonsbürger, resp. zur Anhandnahme von Bevogtigungsklagen gegen solche besteht demnach für die hiesigen Administrativbehörden nicht."

Auf dieses Gutachten hin fand 1877 das Obergericht, wegen der erheblichen Schwierigkeiten für die Durchführung der Bevogtigungsklage am Wohnorte des Beklagten erscheine einstweilen die Anwendung des Art. 46 B. V. nicht möglich und müsse desshalb das in § 252 des thurgauischen priv. G.-B. vorgesehene Verfahren Platz greifen.

Im vorliegenden Process liegen noch ganz dieselben Verhältnisse vor, wie 1877. Das zürcherische bezügliche Gesetz besteht noch unverändert; dass die Praxis in dem Sinne eine andere geworden sei, dass die dortigen Waisenbehörden verpflichtet seien, eine Bevogtigungsklage gegen einen im Kanton Zürich niedergelassenen Thurgauer an die Hand zu nehmen, ist in keiner Weise bewiesen oder auch nur zu beweisen versucht, und es kann den thurgauischen Behörden nicht zugemuthet werden, in jedem speciellen Falle das betreffende zürcherische Waisenamt anzufragen, ob es die Bevogtigung an die Hand nehmen wolle oder nicht. So lange das bisherige zürcherische Recht in Kraft besteht, muss die Ausnahmsbe-

stimmung des § 252 des thurgauischen priv. G.-B. zur Anwendung kommen. Es ist über die Ausführung des Art. 46 B. V. noch kein Bundesgesetz erlassen und die bundesrechtliche Praxis (Amtl. Entsch. des Bundesgerichts VIII. S. 728) geht darauf, dass so lange der in Art. 46 B. V. enthaltene Grundsatz nicht durch Erlass des dort vorgesehenen Bundesgesetzes seine Ausführung gefunden habe, einfach das Princip gelte, dass jeder Kanton befugt sei, seine Gesetzgebung in Vormundschaftsachen mit Bezug auf alle Personen und auf alle Sachen zur Geltung zu bringen, welche seiner Territorialhoheit unterworfen seien. So kann bundesrechtlich dem Heimatkanton die Competenz nicht bestritten werden, für das auf seinem Gebiete gelegene Vermögen eines auswärtswohnenden Angehörigen eine besondere vormundschaftliche Verwaltung gemäss seiner Gesetzgebung anzuordnen. Ein Conflictfall mit dem Kanton Zürich in Bezug auf die Bevogtigung der Person liegt nicht vor, da gar nicht behauptet werden kann, dass die zürcherischen Behörden den Appellaten bevogten wollen.

---

**130.** *Art. 59 B. V. Anwendbarkeit nur auf intercantonale Verhältnisse.*

**Luzern.** Urtheil des Obergerichts v. 9. April 1886 i. S. A. c. X.

Für eine Forderung von 10240 Fr. erwirkte A. einen Arrest auf Waaren des X., welche sich in dessen Verkaufsmagazin zu Luzern und theilweise auf dem dortigen Bahnhofe behufs Transportes nach Schwyz befanden. X. bestritt diesen Arrest als im Widerspruch mit Art. 59 B. V. befindlich, weil er seit vielen Jahren in Schwyz wohne und in bürgerlichen Ehren stehe, auch vier Tage vor der Arrestlegung sich entschlossen habe, seine Firma nach Schwyz zu verlegen, und sich zu diesem Zwecke im dortigen Handelsregister habe eintragen lassen. Der Gläubiger stützte sich auf § 59 a des luzernischen Betreibungsgesetzes, wonach gegenüber dem inländischen Schuldner ein Arrestgrund dann vorliegt, wenn derselbe Anstalten macht, seine Sachen aus dem Canton zu ziehen. Dieses habe der Schuldner gethan, indem er seine Waaren in Kisten verpackte, um sie ausser Cantons zu versenden. Das Obergericht hielt den Arrest aufrecht.

Motive: Die Voraussetzung des § 59 a luzern. Betreibungsgesetzes trifft unbestrittenermassen zu. Es fragt sich daher nur, ob die Berufung auf Art. 59 B. V. zutreffend sei. Diesfalls ist es ein anerkannter Grundsatz des Bundesrechts,

dass dieser Art. nur intercantonale Verhältnisse berühre, nicht aber auch die Frage des Gerichtsstandes in einem betreffenden Canton selbst regeln soll. Nachdem die Eigenschaft des Beklagten als aufrechtstehender Schuldner ausser Frage steht, hängt daher die Entscheidung einzig davon ab, ob derselbe für die kritische Zeit als im hiesigen Cantonsgebiete oder in Schwyz und nur da domicilirt zu gelten habe.

Auf der einen Seite steht nun fest, dass der Beklagte seinen eigentlichen Wohnsitz fortwährend in Schwyz hatte. Andrerseits ist ebenfalls nicht bestritten, dass derselbe seit 1884 in Luzern ein Geschäft betrieben hat, von dessen Ankauf her die klägerischen Ansprüche rühren, dass die Firma des Bekl. mit Bezug auf dieses Geschäft im dasigen Firmenregister eingetragen und mit Sitz in Luzern amtlich ausgekündigt war, dass alle Vorgänge dieses Geschäfts betreffend An- und Verkauf von Waaren, Correspondenzen u. s. w. durch den Bekl. selbst oder durch seine hierortigen Angestellten sich hier abwickelten, dass er überdies offenbar in Folge Gründung dieses Geschäfts eine Niederlassungsbewilligung erworben hatte. Der Bekl. hatte somit, trotz seines Wohnorts in Schwyz, in Hinsicht auf das fragliche Geschäft in Luzern Domicil, und es steht ausser Zweifel, dass er für alle hierauf bezüglichen Ansprachen hier belangt werden kann. Und zwar dauerte dieses Verhältniss bis zum Zeitpunkt der Arrestlegung (15. Dec. 1885) fort. Allerdings wurde die Firma schon am 11. Dec. in das Handelsregister in Schwyz eingetragen, allein die Bekanntmachung hievon erfolgte erst am 16. Dec., und erst am 18. Dec. geschah die Löschung am hiesigen Handelsregister. Immerhin folgten die klägerischen Massnahmen erst, als die Verlegung der Firma von hier nach Schwyz im Gange war, und es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerschaft von daherigen Schritten vorher irgend welche Kenntniss besessen hätte. Dem Gesagten gemäss kann sich der Beklagte auf Art. 59 B.V., weil er in Bezug auf die klägerischen Ansprachen und zwar noch im Zeitpunkt der Arrestlegung hierorts als domicilirt anzusehen war, mit Erfolg nicht berufen. Es erübrigt noch darauf hinzuweisen, dass die Bedeutung des Geschäftsdomicils (Geschäftsniederlassung) für die Frage des Gerichtsstandes (Art. 59 B.V.) und analoge Rechtsverhältnisse in der Praxis des Bundesgerichts stets anerkannt und zur Geltung gebracht worden ist, so a. S. d. b.-g. E. I. Nr. 40, II. Nr. 13 und 97.

**131.** *Accident de tramway. Responsabilité de l'entreprise. La loi fédérale du 1er juillet 1875 est inapplicable.*

**Genève.** Jugement du Tribunal civil du 22 février 1887 dans la cause Dunand c. Cie. gén. des tramways.

Le 1er janvier 1887, Dunand, en char sur la route de Chêne, a été victime d'un accident causé par la machine à vapeur du tramway. Il a ouvert action à la Cie pour la faire condamner au paiement de dommages-intérêts à teneur de la loi fédérale du 1er juillet 1875. Le Tribunal civil l'a acheminé à prouver, entr'autre, que la machine à vapeur du tramway n'a pas donné le signal d'alarme; et il a réservé à la Cie la preuve contraire, notamment, que l'accident est dû à la faute de Dunand, parcequ'il suivait la voie du tramway alors que l'autre côté de la route était libre, et qu'il a persisté à y demeurer malgré les coups de sifflet répétés du chauffeur, que le mécanicien de la machine a immédiatement stoppé, et que ses efforts ont été paralysés par le gel des rails, qui a occasionné le patinage de la machine et rendu le tamponnement inévitable.

Considérant que la loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemin de fer et de bateaux à vapeur du 1er juillet 1875 est une loi d'exception; qu'elle constitue un droit étroit dont ne relève pas l'entreprise des tramways; que celle-ci est régie par le droit commun.

# I. Alphabetisches Sachregister.


Abtretung s. Cession.
Acceptation einer Anweisung an Ordre, Wirkung derselben, Nr. 11.
Accommodement, Wirkung gegen Bürgen, Nr. 125.
Actiengesellschaft, wohlerworbene Rechte des Actionärs, Nr. 46. 106.
Administrativsache, Nr. 85.
Adulterini, Nr. 91. 108.
Advocaten, weibliche, Nr. 90.
Amortisation von Inhaberpapieren, Nr. 83.
Anfechtung eines Vertrags wegen Betrugs, Nr. 7. 122.
Annahmefrist, Nr. 6.
Antrag, Nr. 6. 88.
Anwälte, Haftpflicht für Verschulden, Nr. 104; s. auch Advocaten.
Anweisung an Ordre, Begriff derselben, Nr. 11.
Anwendbarkeit des O.-R. auf grundversicherte Forderungen, Nr. 4; betr. Verwirkung von Forderungsrechten, Nr. 86; auf Versicherungsverträge, Nr. 13; auf Kauf von Liegenschaften, Nr. 116; auf erbrechtliche Rechtsgeschäfte, Nr. 3; s. auch zeitliche, örtliche Anwendung.
Arbeit in den Fabriken, Nr. 111.
Arrest gegen Niedergelassene, Nr. 130.
Auftrag, bezieht sich auch auf das Anwaltverhältniss, Nr. 104.

Beamtenverhältniss, rechtliche Natur, Nr. 9.
Bereicherung, ungerechtfertigte, Nr. 30.
Besitzerwerb an Mobilien durch Stellvertreter, Nr. 87. 115.
Betreibung, erfolglose, Begriff, Nr. 43. 105.
Betrug, Anfechtung des Vertrags, Nr. 7. 24. 122.
Bezugschein für Waaren kein Traditionspapier, Nr. 117.
Bundesgericht, s. Competenz, Frist, Verfahren.
Bürgschaft, befristete, Nr. 43; Rechte des Bürgen, Nr. 44; Kündigung, Nr. 126; Verminderung der Sicherheiten durch den Gläubiger, Nr. 127; Anmeldung im Concurse des Schuldners, Nr. 78; Haft des Bürgen bei Accommodement des Hauptschuldners, Nr. 125.

Causalzusammenhang bei Schadenersatzforderung, Nr. 114.
Cession, zukünftiger Forderungen, Nr. 34; von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, Nr. 57; der Miethzinsforderung sammt Retentionsrecht, Nr. 70; Haftung des Cedenten, Nr. 101; schenkweise, Nr. 113.
Collectivgesellschaft, Form der Liquidation, Nr. 45; Nothwendigkeit der Liquidation, Nr. 60; Gerichtsstand, Nr. 65. 107; Stellung des Liquidators, Nr. 79.
Compensation, Einrede im intercantonalen Verkehr, Nr. 22; Liquidität der Gegenforderung, Nr. 31; Erfordernisse der Gegenforderung, Nr. 68.
Competenz des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten, Nr. 1. 50. 51. 52; in Versicherungsstreitigkeiten, Nr. 13.
Competenz in Ehescheidungssachen, Nr. 17. 63; in Forstsachen, Nr. 49; für Beurtheilung von Schadenersatzpflicht der Kriegsverwaltung, Nr. 18.
Concursrecht, Gültigkeit des Concordats, Nr. 48; Gerichtsstand, Nr. 112.
Constitutum possessorium, Nr. 71. 115.
Conventionalstrafe, Nr. 33; bei Verlöbniss, Nr. 69.

Dienstvertrag, Kündigung, Nr. 41. 76; Abschluss auf bestimmte Dauer, Nr. 59.
Dispositionspapiere, Begriff, Nr. 117.
Domicilwechsel, Nr. 82.

Ehe, nichtige, Einfluss auf das Heimatrecht von Frau und Kindern, Nr. 121.
Ehescheidung, Competenz, Nr. 17. 63; Verzicht, Nr. 92.
Eigenthumsklage, s. Vindication.
Eigenthumsübergang an Mobilien, Nr. 87. 115; in Folge Schenkung nach eidgen. oder cantonalem Rechte zu beurtheilen? Nr. 113.
Eigenwechsel, s. Wechsel.
Eisenbahnen, s. Haftpflicht, Pfandrecht, Steuerfreiheit, Tarif.
Eisenbahnrechnungswesen, Nr. 95.
Erbrechtliche Rechtsgeschäfte, Anwendbarkeit des O.-R., Nr. 3.
Erbschaftssteuer fällt nicht unter das Erbrechtsconcordat, Nr. 20.
Erbtheilungsstreitigkeiten, Begriff und Umfang, Nr. 64.
Execution französischer Urtheile in der Schweiz, Nr. 97.

Fabrikbussen, Nr. 96.
Fabrik- und Handelsmarken, s. Markenschutz.
Faustpfandrecht, Ungültigkeit des Verfallvertrags, Nr. 72.
Firma, Nr. 128.
Fixgeschäft, Nr. 58.
Form der Verträge, Nr. 55.
Frachtvertrag, Verspätung, Nr. 47. 109.

Frauenspersonen, zur gerichtlichen Vertretung berechtigt, Nr. 90.
Frist für das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts, Nr. 53: für Prüfung der Waare, Nr. 38. 73.

Genossenschaft, Eintragung in das Handelsregister, Nr. 80.
Gerichtsstand, Nr. 65. 107; bei Concurs, Nr. 112.
Grundversicherte Forderungen, Anwendbarkeit des O.-R., Nr. 4.

Haftpflicht, des Familienhaupts, Nr. 28. 67; des Geschäftsherrn, Nr. 99; des Stallwirths, Nr. 77. 124; der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen, Nr. 14. 61. 93; der Tramways, Nr. 131; aus Fabrikbetrieb, Nr. 15. 16. 94; der Kriegsverwaltung, Nr. 18.
Handelsregister, Eintragung einer Genossenschaft, Nr. 80; einer Collectivgesellschaft, Nr. 107.
Handlungsbevollmächtigte, Begriff, Nr. 10.
Heimatrecht in Vormundschaftssachen, Nr. 129.

Indossant, Haftbarkeit, Nr. 89.
Inhaberpapiere, Nr. 83.
Irrthum bei Rechtsgeschäften, Nr. 24. 122.
Justiz- oder Administrativsache, Nr. 85.

Kauf, Nr. 24; Lieferungstermin, Nr. 37; Prüfung der Waare, Frist, Nr. 38. 73; Wirkung des Verzugs in Lieferung, Nr. 58; Dispositionsstellung, Nr. 88.
Kaufvertrag über Liegenschaften, Nr. 116.

Lager- und Ladescheine, Begriff, Nr. 117.
Lebensversicherungspolice, rechtliche Natur, Nr. 120.
Legitimation durch nachfolgende Ehe, Nr. 21. 91. 108.
Lex commissoria, Nr. 71. 72.
Lieferfrist bei zollamtlicher Beschlagnahme, Nr. 62.
Lieferungstermin bei Kauf, Nr. 37.
Liquidation, s. Collectivgesellschaft.

Markenschutz, Nr. 110.
Miethe, Recht des Vermiethers auf Schadenersatz, Nr. 8; dessen Retentionsrecht, Nr. 39. 40. 74. 75. 103; Abtretung der Miethzinsforderung sammt dem Retentionsrechte, Nr. 70.
Mobilien, Vindication, Nr. 35; Eigenthums- und Besitzerwerb, Nr. 87.

Name, bürgerlicher, nicht Firma, Nr. 128.
Novation, Nr. 32.

Obligationenrecht, gilt nur für privatrechtliche Verhältnisse, Nr. 9; Verhältniss zum cantonalen Rechte, Nr. 3. 4. 5. 86; für Versicherungsverträge, Nr. 13.
Oertliche Anwendung des Rechts über Verjährung, Nr. 12.

Pfandrecht auf Eisenbahnen, Legitimation zur Einsprache gegen Verpfändung, Nr. 19.
Procuristen, Begriff, Nr. 10.
Prorogation auf ein unzuständiges Gericht, Nr. 97.
Protest Mangels Zahlung durch den Acceptanten und Indossatar, Nr. 11.
Protestunterlassung bei Domicilwechseln, Nr. 82.
Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten, s. Competenz.
Retentionsrecht, Unzulässigkeit bei gegentheiliger Instruction, Nr. 36; des Vermiethers, Nr. 39. 40. 74. 75. 103.
Rücktrittsrecht bei Kaufvertrag, Nr. 37.
Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, Nr. 26. 27. 56. 66. 98. 123; des bösgläubigen Erwerbers einer Sache, Nr. 102; wegen vertragswidrigen Handelns, Nr. 114; wegen Körperverletzung, Nr. 98; wegen Ehrverletzung, Nr. 26. 27. 56. 66.
Schenkung, Nr. 113.
Staatsrechtlicher Recurs an das Bundesgericht wegen Verletzung eidgen. Rechts durch cantonale Urtheile, Nr. 5.
Staatsvertrag mit Frankreich v. 1869, Gerichtsstand Nr. 65. 112; Execution, Nr. 97.
Stallwirth, Nr. 77. 124.
Stellvertretung für Besitzerwerb, Nr. 87. 115.
Steuerfreiheit der Eisenbahnen, Nr. 85.
Strafurtheil, wiefern massgebend für den Civilrichter bei Fabrikhaftpflicht, Nr. 94.
Tarifänderung von Eisenbahnen, Publication, Nr. 84.
Territorialprincip in Vormundschaftssachen, Nr. 129.
Traditionspapiere, Begriff, Nr. 117.
Tramway, Haftpflicht, Nr. 131.
Uebereignung, s. Eigenthumsübergang.
Unsittliche Leistung, Unklagbarkeit, Nr. 23.
Unterbrechung der Verjährung durch Accommodementsverhandlungen, Nr. 81.
Unterschrift, Erforderniss bei gesetzlicher Schriftform, Nr. 55.
Unterstützungscassen, Anspruch auf Fabrikbussen, Nr. 96.
Verfahren vor Bundesgericht, Gebundensein an den vom cantonalen Richter festgestellten Thatbestand, Nr. 2. 50. 54.
Verfallvertrag, Nr. 71. 72.
Verjährung, Nr. 12; für Schadenersatzansprüche, Nr. 29; im Wechselrecht, Nr. 81; Unterbrechung, Nr. 81.
Verpflichtungsschein, indossabler; Eigenwechsel an eigene Ordre kein solcher, Nr. 119. 2.

Versicherungsvertrag, Nr. 13; zu Gunsten eines Dritten, Nr. 120.
Vertretung vor Gericht durch Frauenspersonen, Nr. 90.
Verurtheilung zu entehrender Strafe Scheidungsgrund, Nr. 92.
Verwendung, nützliche, für einen Vertragsunfähigen, Nr. 25.
Verzicht auf Geltendmachung eines Scheidungsgrundes, Nr. 92.
Verzug des Verkäufers, Nr. 58; des Gläubigers, Nr. 100.
Vindication, Voraussetzung, Nr. 35; böser Glaube des Erwerbers, Nr. 102.
Vollmacht der Handlungsbevollmächtigten, Nr. 10.
Vormundschaftssachen, Wohnsitz- oder Heimatrecht; Nr. 129.
Wechsel, unausgefüllt unterschrieben, Nr. 89; Eigenwechsel als Ordrebillet, Nr. 119; Haftpflicht des Ausstellers bei Ungültigkeit, Nr. 119.
Wechselbürgschaft, Nr. 82.
Wechselsumme, Unerheblichkeit der Angabe in Ziffern, Nr. 89.
Werkführer einer Fabrik, steht in Dienstmiethe-, nicht in Fabrikarbeitvertrag, Nr. 41.
Werkvertrag, Untersuchungspflicht des Bestellers, Nr. 42. 118.
Widerklage im intercantonalen Verkehre, Nr. 22.
Widerruf eines Antrags, Nr. 6.
Wohnsitzrecht in Vormundschaftssachen, Nr. 129.
Zeitliche Anwendung des Obl.-R. betr. Verjährung, Nr. 12; betr. Vertragserfüllung, Nr. 116; betr. Amortisation von Inhaberpapieren, Nr. 83; betr. Eintragung in das Handelsregister, Nr. 80; betr. Versicherung zu Gunsten Dritter, Nr. 120.
Zeitliche Anwendung der Bundesverfassung betr. Legitimation durch nachfolgende Ehe, Nr. 21.
Zeitliche Anwendung des Ehegesetzes betr. Nichtigkeit der Ehe, Nr. 121.
Zollamtliche Beschlagnahme, Wirkung auf die Lieferfrist, Nr. 62

---

# II. Gesetzesregister.

*I. Bundesverfassung.*

| | |
|---|---|
| Art. 4, | Nr. 90. |
| „ 46, | „ 129. |
| „ 54, | „ 21.91.108. |
| „ 59, | „ 22. 24. 107. 130. |

*II. Obligationenrecht.*

| | |
|---|---|
| Art. 3 u. 5, | Nr. 6. |
| „ 10, | „ 113. |
| „ 12 u. 13, | „ 55. |
| „ 17, | „ 23. |
| „ 20, | „ 122. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 21, | Nr. 24. | Art. 243, | Nr. 2. 38. 73. |
| „ 24, | „ 7. 24. | „ 246, | „ 38. 88. |
| „ 28, | „ 122. | „ 249, | „ 38. |
| „ 33, | „ 25. | „ 279, | „ 8. |
| „ 35, | „ 90. | „ 292, | „ 8. |
| „ 50, | „ 26. 98. | „ 294, | „ 39.40.74. 75. 103. |
| „ 51, | „ 123. | | |
| „ 55, | „ 26. 27. 56. 66. | „ 310, | „ 8. |
| | | „ 338, | „ 9. |
| „ 60, | „ 98. | „ 342, | „ 59. |
| „ 61, | „ 28. 67. | „ 343, | „ 41. 59. |
| „ 62, | „ 99. | „ 346, | „ 9. 76. |
| „ 69, | „ 29. | „ 349, | „ 9. |
| „ 70, | „ 11. 30. | „ 357, | „ 118. |
| „ 102, | „ 44. | „ 358, | „ 42. |
| „ 106, | „ 100. | „ 360, | „ 118. |
| „ 110, | „ 8. 114. | „ 361, | „ 42. 118. |
| „ 129, | „ 78. 125. | „ 392, | „ 104. |
| „ 130, | „ 4. | „ 422 u. 426, | „ 10. |
| „ 131, | „ 31. 68. | „ 472, | „ 11. |
| „ 142, | „ 32. | „ 488, | „ 77. 124. |
| „ 146, | „ 4. | „ 491, | „ 55. |
| „ 153, | „ 12. | „ 493. | „ 43, 105. |
| „ 161, | „ 78. | „ 495, | „ 125. |
| „ 182, | „ 33. 69. | „ 501, | „ 78. 125. |
| „ 184, | „ 57. 113. | „ 502, | „ 43. |
| „ 186 u. 187, | „ 57. | „ 503, | „ 126. |
| „ 190, | „ 70. 101. | „ 504 u. 507, | „ 44. |
| „ 191, | „ 57. | „ 508, | „ 127. |
| „ 192, | „ 101. | „ 510, | „ 78, 86. 125. |
| „ 193, | „ 57. 101. | | |
| „ 199, | „ 87, 113. | „ 557, | „ 79. |
| „ 200, | „ 115. | „ 580, | „ 45. 60. |
| „ 202, | „ 71. 115. | „ 583, | „ 79. |
| „ 203, | „ 87. | „ 627 u. 629, | „ 106. |
| „ 205, | „ 35. 102. | „ 667, | „ 106. |
| „ 207, | „ 102. | „ 678, | „ 80. |
| „ 209, | „ 117. | „ 717, | „ 80. |
| „ 221, | „ 32. | „ 722, | „ 89. 119. |
| „ 222, | „ 71. 72. | „ 724, | „ 119. |
| „ 223, | „ 5. | „ 725, | „ 89. |
| „ 225, | „ 36. | „ 762, | „ 11. |
| „ 231, | „ 116. | „ 804 u. 806, | „ 81. |
| „ 234, | „ 37. 58. | „ 808 u. 809, | „ 82. |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Art. 813, | Nr. 11. 30. | Art. 876, | Nr. 128. |
| „ 825 u. 827, | „ 119. | „ 882, | „ 116. 120. |
| „ 828, | „ 82. | „ 883, | „ 12. |
| „ 839, | „ 11. | „ 894, | „ 80. |
| „ 843, | „ 119. | „ 896, | „ 4. 13. |
| „ 849—857, | „ 83. | „ 901, | „ 83. |
| „ 860 u. 864, | „ 80. | | |

*III. Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit* vom 22. Juni 1881.
Art. 10 . . . . . Nr. 24.

*IV. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe* vom 24. Dec. 1874.
Art. 25 u. 41 . . . . Nr. 108.
„ 46 . . . . . „ 92.
„ 55 . . . . . „ 121.
„ 56 . . . . . „ 17. 63.

*V. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken* vom 19. Dec. 1879. Nr. 110.

*VI. Bundesgesetz betr. die eidgen. Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge* vom 24. März 1876.
Art. 12 . . . . . Nr. 49.

*VII. Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen* vom 23. Dec. 1872.
Art. 35 . . . . . Nr. 84.

*VIII. Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen* v. 24. Juni 1874.
Art. 2 . . . . . Nr. 19.

*IX. Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen* vom 20. März 1875.
Art. 17 u. 23 . . . . Nr. 62.
„ 35 u. 38 . . . . „ 47.
„ 36 . . . . . „ 109.

*X. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen* vom 1. Juli 1875. Nr. 131.
Art. 1 . . . . . Nr. 14. 61.
„ 2—4 . . . . . „ 93.

*XI. Bundesgesetz betr. das Rechnungswesen der Eisenbahnen* vom 21. Dec. 1883.
Art. 2 u. 3 . . . . . Nr. 95.

*XII. Transportreglement für die schweizerischen Eisenbahnen* vom 9. Juni 1876.
§ 99 . . . . . Nr. 62.

*XIII. Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken* vom 23. März 1877.

Art. 7 . . . . . Nr. 96.
„ 9 . . . . . „ 41.
„ 11 ff. . . . . „ 111.

*XIV. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb* vom 25. Juni 1881.

Art. 6 . . . . . Nr. 15. 16. 94.

*XV. Bundesgesetz betr. Organisation der Bundesrechtspflege* vom 27. Juni 1874.

Art. 29 . . . . . Nr. 1. 50. 51. 52. 116.
„ 30 Abs. 1 . . . „ 53.
„ 30 „ 4 . . . „ 2. 54.

*XVI. Verwaltungsreglement für die schweizerische Armee* vom 9. Dec. 1881.

Art. 279 ff. . . . . Nr. 18.

*XVII. Concordat über Testierungsfähigkeit* vom 15. Juli 1822. Nr 20. 64.

*XVIII. Concordat über Concursrecht* vom 7. Juni 1810. Nr. 48.

*XIX. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich* vom 15. Juni 1869.

Art. 1 . . . . . Nr. 65. 97.
„ 5, 6, 10 . . . . „ 112.
„ 11, 15—17, 20 . . „ 97.

---

# III. Register nach Kantonen geordnet.

Seite

**Zürich:** Nr. 39. Urtheil des Cassationsgerichts vom 22. November 1886 i. S. Spörri c. Schaub betr. Retentionsrecht des Vermiethers . . . . . 54

Nr. 44. Beschluss der Recurskammer des Obergerichts vom 9. Dezember 1886 i. S. Dürr c. Lüde betr. Bürgschaft 64

Nr. 45. Beschluss der Appellationskammer des Obergerichts vom 9. October 1886 betr. Liquidation einer Collectivgesellschaft . . . . . 65

Nr. 70. Beschluss der Appellationskammer vom 22. Januar 1887 i. S. Ernst c. Weber betr. Cession einer Miethzinsforderung . . . . . 98

Seite

Nr. 74. Beschluss der Appellationskammer vom 6. November 1886 i. S. Klaiber c. Bühler betr. Retentionsrecht des Vermiethers . . . . . 103
Nr. 98. Urtheil der Appellationskammer vom 3. Februar 1887 i. S. Krauer & Cons. betr. Haftpflicht für Delict 138
Nr. 104. Beschluss der Appellationskammer vom 7. Mai 1887 i. S. Weiller c. Guggenheim betr. Haftung der Anwälte . . . . . 149
Nr. 105. Urtheil der Appellationskammer vom 29. März 1887 i. S. Curt c. Lips betr. erfolglose Betreibung . 151
Nr. 110. Beschluss der Appellationskammer vom 1. März 1887 i. S. Fleischmann betr. Schutz der Fabrikmarken 160
Nr. 123. Urtheil der Appellationskammer vom 26. April 1887 i. S. X. c. Thaysen betr. Haftpflicht für Ehrverletzung . . . . . 179
Nr. 124. Urtheil der Appellationskammer vom 7. Mai 1887 i. S. Schärer c. Gattiker betr. Haftung des Stallwirths 180
Nr. 126. Entscheid der Recurskammer des Obergerichts vom 1. Februar 1887 i. S. Leihcasse M. c. Stapfer betr. Bürgschaft . . . . . 182
Nr. 128. Urtheil der Appellationskammer vom 27. August 1887 i. S. Dubs c. Arbenz betr. Firma . . . . . 184

**Bern**: Nr. 28. Urtheil der Polizeikammer vom 9. Dez. 1885 i. S. Schreiber betr. Haftung des Familienhaupts für Delicte Angehöriger . . . . . 38

**Luzern**: Nr. 29. Urtheil des Obergerichts vom 17. Juli 1885 i. S. G. c. S. betr. Verjährung . . . . . 39
Nr. 31. Entscheid der Justizcommission vom 9. April 1885 betr. Compensation . . . . . 41
Nr. 34. Urtheil des Obergerichts vom 15. Juli 1885 betr. Cession künftiger Forderungen . . . . . 46
Nr. 48. Entscheid der Justizcommission vom 14. Juli 1885 betr. Concordat über Concursrecht . . . . . 70
Nr. 122. Urtheil des Obergerichts vom 8. April 1886 betr. Betrug und Irrthum . . . . . 178
Nr. 125. Urtheil des Obergerichts vom 15. Januar 1886 betr. Verzicht bei Accommodement in Hinsicht des Bürgen 181
Nr. 130. Urtheil des Obergerichts vom 9. April 1886 betr. Arrest gegen Niedergelassene . . . . . 191

**Zug**: Nr. 71. Urtheil des Obergerichts i. S. Moos c. Meier betr. Verfallvertrag . . . . . 99

Seite

**Fribourg**: Nr. 75. Jugement du Tribunal de l'arrond. de la Sarine du 28 mai 1886 conc. location . . . . . 104

**Baselstadt**: Nr. 33. Urtheil des Appellationsgerichtes vom 1. Juli 1886 i. S. Meisser c. Christen betr. Conventionalstrafe . . . . . 44

Nr. 37. Urtheil des Civilgerichts vom 17. September 1886 i. S. Garny c. Thierry betr. Kaufvertrag . . . . 50

Nr. 40. Urtheil des Civilgerichts vom 23. Juli 1886 i. S. Löliger c. Gutersohn betr. Retentionsrecht des Vermiethers 59

Nr. 67. Urtheil des Civilgerichts vom 26. October 1886 betr. Haftpflicht des Familienhaupts für Delicte der Angehörigen . . . . . 95

Nr. 68. Urtheil des Civilgerichts vom 22. October 1886 i. S. Seitter c. Heller betr. Compensation . . . . . 96

Nr. 84. Urtheil des Civilgerichts vom 28. Januar 1887 i. S. N.-O.-B. c. Götschel betr. Frachtvertrag . . . 119

Nr. 101. Urtheil des Civilgerichts vom 7. April 1887 i. S. Gerster c. Sutter betr. Cession . . . . . 144

Nr. 103. Urtheil des Civilgerichts vom 18. März 1887 i. S. LeGrand c. Duvivier betr. Miethretentionsrecht . . . 148

Nr. 106. Urtheil des Civilgerichts vom 11. Februar 1887 i. S. Schuster c. Gundeldingen betr. Rechte der Actionäre gegen die Actiengesellschaft . . . . . 152

Nr. 107. Urtheil des Civilgerichts vom 5. Februar 1886 i. S. Rodersdorf c. Gschwind betr. Gerichtsstand einer Collectivgesellschaft . . . . . 155

**Schaffhausen**: Nr. 25. Urtheil des Obergerichts vom 26. Juni 1885 betr. Ersatz nützlicher Verwendungen . . . . 33

Nr. 42. Urtheil des Obergerichts vom 13. Februar 1885 betr. Werkvertrag . . . . . 61

**St. Gallen**: Nr. 76. Urtheil des Kantonsgerichts vom 7. Januar 1886 betr. Dienstvertrag . . . . . 105

Nr. 77 Urtheil des Kantonsgerichts vom 6. Mai 1886 betr. Haftung des Stallwirths . . . . . 107

Nr. 111. Urtheil des Kantonsgerichts vom 9. Juni 1886 betr. Fabrikarbeit . . . . . 160

**Graubünden**: Nr. 69. Urtheil des Kantonsgerichts vom 24. November 1886 i. S. Spinas c. Dosch betr. Conventionalstrafe bei Verlöbniss . . . . . 97

Nr. 72. Urtheil des Kantonsgerichts vom 9. März 1886 i. S. Scarsi c. Crameri betr. Faustpfandrecht . . . 100

Seite

**Aargau:** Nr. 32. Urtheil des Obergerichts vom 5. October 1886 betr. Novation . . . . . 42
Nr. 41. Urtheil des Obergerichts vom 14. Juli 1886 betr. Dienstvertrag . . . . . 60

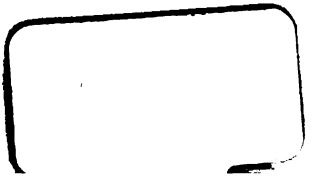
**Thurgau:** Nr. 24. Urtheil des Obergerichts vom 27. October 1886 i. S. Gresser c. Stutzer betr. Irrthum bei Kauf 30
Nr. 30. Urtheil des Obergerichts vom 2. October 1886 i. S. Portmann c. Siggenthaler betr. ungerechtfertigte Bereicherung . . . . . 39
Nr. 43. Urtheil des Obergerichts vom 29. October 1886 i. S. Frei c. Gibel betr. Bürgschaft . . . . . 62
Nr. 78. Urtheil des Obergerichts vom 2. Februar 1887 i. S. Hitz c. Gamper betr. Bürgschaft . . . . . 108
Nr. 100. Urtheil des Obergerichts vom 28. Mai 1887 i. S. Müller c. Transportversicherungsgesellschaft betr. Verzug des Gläubigers . . . . . 143
Nr. 129. Urtheil des Obergerichts vom 30. April 1886 i. S. Neunforn c. Gentsch betr. Heimatrecht in Vormundschaftssachen . . . . . 188

**Tessin:** Nr. 49. Urtheil des Appellationsgerichts vom 13. Januar 1886 i. S. Gribbio c. Doro betr. Competenz in Forstsachen . . . . . 71

**Vaud:** Nr. 35. Arrêt du Tribunal cantonal du 31 août 1886 d. l. c. Freymann c. Creutz conc. revendication . . . 48
Nr. 80. Arrêt du Tribunal cantonal du 24 novembre 1886 d. l. c. Villariaz c. Badoux conc. association . . . 111
Nr. 82. Jugement du Tribunal cantonal du 11 février 1887 d. l. c. Magnin c. Crédit yverd. conc. billet de change à domicile . . . . . 115
Nr. 99. Jugement du Tribunal du district de Lausanne du 11 octobre 1886 d. l. c. Union c. S. O.-S. conc. action en dommages-intérêts . . . . . 141
Nr. 102. Arrêt du Tribunal cantonal du 22 février 1887 d. l. c. Marrel c. Lévy conc. revendication . . . . 145
Nr. 108. Arrêt du Tribunal cantonal du 10 novembre 1886 d. l. c. Wulliens conc. l'état civil d'un enfant adultérin 156
Nr. 112. Arrêt du Tribunal cantonal du 19 avril 1887 d. l. c. Union c. Rittener conc. for de la faillite de la succession d'un Suisse domicilié en France . . . . 161
Nr. 127. Arrêt du Tribunal cantonal du 6 juillet 1887 d. l. c. Schenkel c. Marti conc. cautionnement . . . 183

Seite

**Neuchâtel**: Nr. 46. Arrêt du Tribunal cantonal du 7 décembre 1885 d. l. c. Delémont c. Callmann conc. société anonyme 67
Nr. 73. Jugement du Tribunal cantonal d. l. c. Théremin c. Pettavel conc. vente . . . . . 102
Nr. 81. Arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1886 d. l. c. Banque commerc. c. Crédit mutuel conc. prescription d'une lettre de change . . . . . 113
Nr. 83. Arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1885 d. l. c. Municipalité N. c. Bœhncke conc. annulation de titres au porteur . . . . . 117

**Genève**: Nr. 23. Jugement du Tribunal civil du 14 mai 1886 d. l c. Gilomen c. X. conc. cause contraire aux bonnes mœurs . . . . . 30
Nr. 26. Jugement du Tribunal civil du 17 juillet 1886 et Arrêt de la Cour de Justice civile du 13 décembre 1886 d. l c. X. c. Bardel conc. indemnisation pour préjudice moral . . . . . 34
Nr. 27. Jugement du Tribunal civil du 11 mai 1886 d. l. c. Gianella c. Schira conc. diffamation par la presse . . 37
Nr. 36. Jugement du Tribunal de commerce du 21 octobre 1886 d. l. c. La Confiance c. Dubouloz conc. droit de rétention . . . . . 49
Nr. 38. Jugement du Tribunal civil du 25 mai 1886 d. l. c. Calais c. Vauthey conc. vente . . . . . 53
Nr. 47. Arrêt de la Cour de Justice civile du 7 juin 1886 d. l. c. Cie. P.-L.-M. c. Martin conc. transport par chemin de fer . . . . . 69
Nr. 66. Arrêt de la Cour de Justice civile du 7 février 1887 d l. c. Gianella c. Schira conc. diffamation par la voie de la presse . . . . . 93
Nr. 79. Jugement du Tribunal de commerce du 17 juin 1886 d. l. c. Bourdillon c. Gargantini conc. liquidation d'une société en nom collectif . . . . . 110
Nr. 109. Jugement du Tribunal de commerce du 14 avril 1887 d. l. c. Hufschmid c. S. O.-S. conc. transport par chemin de fer . . . . . 158
Nr. 131. Jugement du Tribunal civil du 22 février 1887 d. l. c. Dunand c. Cie. des tramways conc. accident de tramway . . . . . 193

3/2/10